



**MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO - VERTENTE CONTRATAÇÃO
PÚBLICA E DIREITO ADMINISTRATIVO EMPRESARIAL**

**AS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS NO
CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS**

CAUSAS E EFEITOS DE UMA CONFLUÊNCIA PREVISÍVEL

Nuno Miguel Silva Garcia Morgado Pereira

Dissertação de Mestrado orientada pelo

Professor Doutor Mário Aroso de Almeida

Lisboa, 30 de Agosto de 2013

Ao meu Pai, à minha Mãe e à Ana Jorge,

*Nenhum problema tem solução....
Como nunca podemos conhecer todos os elementos de
uma questão, nunca a podemos resolver.
Para atingir a verdade faltam-nos dados que bastem,
e processos intelectuais que esgotem a interpretação
desses dados.*

Bernardo Soares
in Livro do Desassossego

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAVV	<i>Autori Vari</i>
ac(s).	Acórdão(s)
AdC	Autoridade da Concorrência
art(s)	Artigo(s)
ALJ	<i>Antitrust Law Journal</i>
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
CC	Código Civil português
CCP	Código dos Contratos Públicos
Cf.	Conferir
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
Coord.	Coordenadores
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DJAP	Dicionário Jurídico da Administração Pública
DL	Decreto-Lei
ECLR	<i>European Competition Law Review</i>
Ed.	Edição
Edt.	<i>Edition.</i>
EER	<i>European Economic Review</i>
ELJ	<i>European Law Journal</i>
ELR	<i>European Law Review</i>
FASB	Financial Accounting Standards Board
ICN	<i>International Competition Network</i>
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
LdC	Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho
LOC	Linhas de Orientação da AdC Sobre Compromissos em Controlo de Concentração
MCR	<i>Mercato, Concorrenza, Regole</i>
N.º	Número
Org.	Organizador
p.	Página
pp.	Páginas
PPP	Parcerias público-privadas
Proc(s).	Processo(s)
PPLR	<i>Public Procurement Law Review</i>

RdF	Revista de Fiscalidade
RJC	Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio
RCC	Regulamento Comunitário Sobre Concentrações [Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20.01.2004]
RCP	Revista de Contratos Públicos
Reimp.	Reimpressão
ss.	Seguintes
C&R	Revista de Concorrência e Regulação
TCE	Tratado que institui as Comunidades Europeias
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPIUE	Tribunal de Primeira Instância da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
Vol.	Volume
WC	<i>World Competition</i>
§	Parágrafo(s)

1. INTRODUÇÃO.

A aprovação da nova Lei da Concorrência¹, praticamente uma década após a publicação da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, enquadra-se num momento extraordinário da vida nacional.

De forma consistente com o processo de reformas estruturais que Portugal se comprometeu, a nova Lei da Concorrência pretende executar um conjunto de pertinentes transformações no quadro legislativo vigente. Desde logo, aproximando-o do actual quadro europeu em matéria de concorrência, mas igualmente reforçando amplamente o âmbito da sua aplicação.

Pese embora a lacuna originária dos Tratados, as instituições comunitárias e a doutrina rapidamente compreenderam a importância vital que a fiscalização das operações de concentração de empresas exercia para a construção do mercado comum.

Por conseguinte, desde há muito tempo que têm sido alvo de discussão o âmbito e a natureza que subjaz às operações de concentração de empresas. Mas nunca, como hoje, tal questão ocupou um lugar cimeiro no espectro do Direito da Contratação Pública.

Fruto das disposições consagradas sobretudo na Secção I, do Capítulo III, da nova Lei da Concorrência, esta, ao englobar as operações de concentração de empresas que resultam de um procedimento para a formação de um contrato público, veio colmatar aquilo que, na nossa opinião, constituía uma lacuna.

Recebida com muita surpresa e algumas reservas por banda da nossa doutrina jus-administrativista, estas disposições legais tiveram o mérito de vir preencher o vazio que existia, entre nós, sobre a matéria. Deu-se, como bem se percebe, um longo passo em frente e, bem assim, criaram-se bases para que a nova Lei da Concorrência constituísse um quadro normativo tão inovador quanto perturbador da disciplina regulada no Código dos Contratos Públicos.

Ora, pese embora a imprescindível instrumentalidade do princípio da concorrência na conformação das soluções jurídicas positivadas no nosso Código dos Contratos Públicos, é sabido que permanece incólume uma zona de confluência natural entre o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública.

Sempre nos seduziu o facto desta zona comum convocar aspectos e questões que transcendem, largamente, aquilo que a nossa comunidade jurídica tem firmado sobre a

¹ O novo Regime Jurídico da Concorrência foi aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

importância do Direito da Concorrência na *praxis* dos procedimentos para a formação de contratos públicos.

Por conseguinte, não nos cabe defender ou atacar a publicação do aludido diploma legal. Esse não é, de todo, o objectivo que nos propusemos. Cabe-nos, apenas, enquanto intérpretes e admiradores da riqueza conceptual do Direito Administrativo, procurar entender as soluções nele consagradas, com vista à sua correcta e eficaz aplicação.

Com efeito, no presente trabalho procuraremos dar conta das principais alterações causadas pela nova Lei da Concorrência – em particular pela fiscalização prévia das operações de concentração de empresas – no figurino do Direito da Contratação Pública, bem como alertar para alguns aspectos conexos que nos parecem, no mínimo, controversos e que decididamente irão colocar à prova as potenciais virtudes progressistas da Autoridade da Concorrência e dos Tribunais nacionais. Assim:

Numa primeira fase do presente trabalho, examinaremos a evolução dos aspectos cruciais que presidem à panorâmica da função reguladora do Estado Português no Direito da Concorrência.

Analisaremos, depois, a ambivalência deste ramo do Direito, bem como as suas várias formas de consagração, colocando o enfoque na sua insubstituível utilidade para a Contratação Pública.

Posteriormente, a parcela seguinte deste trabalho firmar-se-á e desenvolver-se-á a partir do prisma jus-concorrencial que está subjacente à operação de concentração entre duas empresas, resultante de um procedimento para a formação de um contrato público com base no Código dos Contratos Públicos. Note-se, no entanto, que neste contexto não dispomos ainda de uma prática decisória reiterada² da Autoridade da Concorrência³, nem de doutrina significativa sobre o tema que em concreto nos propusemos tratar. Assim sendo, ver-nos-emos obrigados a identificar, apenas, algumas das várias questões prementes, para as quais forneceremos pistas de reflexão, com base no que as instâncias comunitárias e as mais conhecidas e consideráveis decisões da Autoridade da Concorrência têm asseverado sobre a matéria.

Far-se-á, também, uma breve alusão à noção de mercado relevante, abordando a questão de forma meramente enunciativa dado que se trata de uma matéria indiscutivelmente prática e onde a novidade das questões nos impedem de ir mais além.

² O presente trabalho abrange as Decisões da Autoridade da Concorrência até Julho de 2013.

³ A Autoridade da Concorrência foi criada pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro.

Por nos parecer útil, e na tentativa de reunir num só trabalho as várias vertentes sobre a matéria, faremos uma menção à necessária harmonização procedimental entre o procedimento pré-contratual, lançado com base no Código dos Contratos Públicos, e a arquitectura da avaliação jus-concorrencial das operações de concentração de empresas, efectuada com base na nova Lei da Concorrência.

Na fase derradeira do presente trabalho veremos, em detalhe, quais as consequências das decisões tomadas pela Autoridade da Concorrência para o desenvolvimento e conclusão de um procedimento pré-contratual público.

Queremos, por último, recordar que este trabalho consubstancia uma primeira abordagem ao tema, dando sobre o mesmo a perspectiva de um jovem jurista recentemente saído das lides universitárias e que ultimamente iniciou a sua actividade profissional. Para as muitas falhas e lacunas que o trabalho apresenta, conta-se com a generosa compreensão do público em geral.

2. O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA NA REGULAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: PONTO DE PARTIDA.

Num moderno Estado de Direito, o papel confiado às instituições públicas no domínio do Direito da Concorrência remete-nos para a criação dos quadros e das ferramentas necessárias e determinantes a uma intervenção com carácter regulador, a qual, projectada na economia, deve ser vaticinada pelo dever de controlar e promover o funcionamento eficiente dos mercados^{4/5}. Hodiernamente, a função do Estado regulador está vocacionada, por um lado,

⁴ Esse mesmo desígnio inicial é revelado por ABERT SÁNCHEZ GRAELLS que, a propósito da origem clássica do conceito de *Regulação*, oferece o seguinte excerto explicativo: “[r]egulation or more generally, governmental intervention in the market is justified where market failure (or markets imperfection) arises and where governmental intervention constitutes an effective (and, arguably, efficient) instrument to remedy that failure. When certain conditions impede the adequate functions of the market, regulatory intervention can contribute to attaining better results by setting market- oriented rules or norms that can reach near-market outcomes. On the contrary, when markets work properly, public intervention cannot increase the efficiency of the system and economic regulation becomes undesirable for its distorting potential”. Cf. *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 76. A propósito veja-se, igualmente, LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, 6ª ed., Coimbra Editora, 2012, pp. 480 a 484. No que respeita à congregação entre o conceito de Estado e de Regulação, bem como ao papel de garantia que o último exerce na economia, ver PEDRO COSTA GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante – Direito Público e Regulação* n.º 8, Coimbra Editora, 2013, pp. 43 a 59.

⁵ A nível do Direito Comunitário, escreve MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “[o] Tratado da Comunidade Europeia, consagrava a ideia de que a própria realização dos objectivos imediatos da Comunidade, expressos no art. 4.º, que deveria ser exercida num contexto económico determinado, subordinado a um grande princípio – o de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência (Art. 4.º, n.º 1) – então elevado a princípio fundamental da constituição económica da comunidade”. Cf. “A Aquisição de Empresas no Direito da Concorrência: Nótulas Sobre Concentrações”, em *Estudos Em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia*, Vol. III, Coimbra Editora, 2011, pp. 266 e 267 e bibliografia aí citada. Com o Tratado de Lisboa não pensamos que possa ter havido qualquer mudança de paradigma, pois, a nova redacção do n.º 3 do art. 3.º do TUE, bem como a manutenção do

para garantir a equilibrada concorrência entre as empresas e, por outro, para contrair as formas de organização monopolista (reprimindo os abusos de posição dominante), sem embargo de outras interposições destinadas à asfixia das práticas lesivas de interesse geral.

O que interessa perceber é que o princípio da concorrência não é assumido na nossa ordem constitucional como um valor estanque, circunscrito a uma consagração exígua e temporalmente localizada. É sim um valor *objectivo-positivo* de organização do mercado, ou seja, uma *garantia-institucional* de ordem económica⁶.

Observe-se igualmente que este ramo do direito consagra hoje um regime jurídico coadunável com as contemporâneas preocupações e concepções reclamadas pelo Direito Europeu da Concorrência. Com efeito, a nova Lei da Concorrência, denominada pelo próprio legislador por *Regime Jurídico da Concorrência* (RJC) (art. 1.º), destina-se a impor uma disciplina jurídica que incidirá sobre os comportamentos das empresas, verificados em território nacional ou que neste tenham ou venham a assumir importância ou efeitos⁷.

Com efeito, o papel da concorrência como princípio no nosso ordenamento jurídico não se compreende sem que se ressalve que o mesmo é um “*valor cardinal da ordem jurídica, de interesse público e tutelado no âmbito do direito público*”⁸. Como contrapartida do que agora se disse, o este princípio oferece ao Estado formas graduais de salvaguardar a respectiva

art. 98.º do TCE (e na actual versão 120.º do TFUE) são dados sintomáticos de que a incorporação da política (e defesa) de concorrência da União Europeia se mantém como um pilar estruturante do Direito Comunitário. CHRISTIAN JOERGES também expressa este entendimento no seu estudo “A Renaissance of the European Constitution?”, em ULLA B. NEERGAARD / RUTH NIELSEN / LYNN M. ROSEBERRY, *Integrating Welfare Functions Into EU Law – From Rome to Lisbon*, DJOF, Copenhagen, 2009, pp. 6 e ss.

⁶ Vide o art. 81.º, alínea f), da CRP. Na doutrina, a propósito da posição jus-fundamental que compete ao Estado enquanto garante de direitos subjectivos que pressupostamente asseguram a livre concorrência, bem como no que respeita à concepção do Estado enquanto um defensor activo da concorrência, ditando regras que sustentem o “estado de concorrência” veja-se, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, 2006, pp. 9 a 36. Mantendo toda a actualidade, é também de saudar o entendimento manifestado por VITAL MOREIRA e JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO que a propósito do art. 80.º, alínea f) da CRP, recordam que o funcionamento eficiente dos mercados e a equilibrada concorrência entre as empresas constituem “a principal componente de uma economia de mercado e a base dos mecanismos de defesa da concorrência, que são um dos princípios essenciais da ordem jurídica comunitária”. Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 969.

⁷ Cf. art. 2.º, n.º 2, do RJC. A legislação portuguesa é aplicada “sob reserva das obrigações internacionais do Estado Português”. Estas incluirão, certamente, obrigações decorrentes dos tratados instituidores da União e dos actos convencionais deles decorrentes, sem esquecer as obrigações que resultem de actos das próprias instituições da União Europeia.

⁸ Entendimento defendido por PEDRO COSTA GONÇALVES, “Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na Contratação Pública)”, em *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, Almedina, 2012, p. 482. No RJC, observe-se que o n.º 1 do art. 7.º do RJC estabelece que “[n]o desempenho das suas atribuições legais, a Autoridade da Concorrência é orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência”. Nesta conformidade, é possível que a aplicação adequada e efectiva das regras de concorrência vincule a AdC à obediência ao critério geral de prossecução do interesse público e à defesa da concorrência. Este é o entendimento igualmente referido por JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA e MARIA JOÃO MELÍCIAS na anotação ao art. 5.º do RJC, presente em AAVV, *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) MANUEL LOPES PORTO / JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA / CAROLINA CUNHA / MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES / GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, 2013, pp. 63 e 64.

protecção, cumprindo intencionalidades normativas que se vocacionam para actos de natureza *proibitiva ou produtiva*, isto é, de defesa ou fabrico de concorrência, alternativamente⁹. Sem prejuízo do que se dirá adiante, podemos, desde já, inferir que é precisamente esta transversalidade do Direito da Concorrência que tem estado na base da sua implementação no seio do Direito da Contratação Pública.

Sabendo-se que, tanto o Direito da Contratação Pública, como o Direito da Concorrência constituem campos particularmente relevantes no domínio da actuação das instituições comunitárias, bem como dos Estados-Membros – emergem como corolários do princípio basilar da economia de mercado e livre iniciativa económica, (art. 119.º do TFUE) –, nenhuma dúvida permanece de que, na *praxis*, estes dois campos do Direito têm subsistido, na maioria dos casos, de forma paralela, não se sobrepondo no nosso ordenamento jurídico¹⁰.

Com efeito, não se pretende aqui negar que a concorrência assume um valor crucial da ordem jurídica-pública e que a sua tutela não se inscreve no âmbito do Direito Público; pretende-se, outrossim, mostrar como o universo das normas funcionalizadas para a sua protecção cumpre funcionalidades distintas no Direito da Contratação Pública e no Direito da Concorrência. Além disso, também este entendimento nos leva a referir que os dois corpos normativos postulam soluções jurídicas que, embora não ambíguas, também não são sincrónicas¹¹.

Ora, no campo das preocupações próprias e típicas deste ramo jurídico, o Direito da Concorrência, enquanto bloco normativo autónomo, encerra o reconhecimento de uma *matriz*

⁹ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Concorrência e Contratação ...”, *cit.*, p. 482. No mesmo sentido, CHRISTOPHER BOVIS, *EC public procurement: case law and regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 23.

¹⁰ Esta ideia genérica é pontualmente interrompida com a consagração no art. 70.º, n.º 1, alínea g), do CCP da obrigação de exclusão das propostas sempre que existam indícios de conluio entre os concorrentes. Para uma abordagem jus-concorrencial nesta matéria, veja-se, paradigmaticamente, JOÃO MOREIRA, “Cartelização em Contratação Pública – a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência”, in PEDRO COSTA GONÇALVES (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, pp. 200 a 259.

¹¹ Este pensamento está presente nas palavras de GRITH SKOVGAARD OLYKKE: “*a public procurement law has become a separate discipline closely connected to the rules on free movement, but, it is submitted, rather disconnected from competition law. (...) [t]his may seem natural, as there is no explicit Treaty basis for regulating public procurement: the public procurement Directives are therefore founded on the rules of free movement in the TFUE and they are addressed to contracting authorities (Member-states); The competition Rules are addressed to undertakings*”. Cf. “How does the Court of Justice of European Union Pursue Competition Concerns in a Public Procurement Context?”, em *PPLR*, n.º 6 (2011), p. 181. De resto, este entendimento parte das ilações de CATRIONA MUNRO, que, a propósito do princípio da concorrência no Direito da Concorrência e no Direito da Contratação pública, dissocia os efeitos que o mesmo impõe em cada um dos domínios em apreço. Nessa senda, acaba por concluir que o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública representam, na prática, dois lados da mesma moeda – que, claro está, consubstancia a protecção do valor concorrência em si mesmo, Cf. “Competition Law And Public Procurement: Two Sides of The Same Coin?”, em *PPLR*, n.º 6 (2006), pp. 352-361.

de liberdade de iniciativa económica, mediante a fixação de algumas regras fundamentais de carácter limitador da acção dos diferentes agentes económicos¹².

A regulação da concorrência suporta-se na premissa de que a economia e o mercado devem funcionar – e devem ser construídos – sem interferência pública, salvo se se tratar de comportamentos desviantes e patológicos, verdadeiramente *lesivos e deturpantes* do normal funcionamento do mercado. Fruto da natureza constitucional do princípio de liberdade de criação e constituição de empresas, a concorrência, como já vimos, é aqui concebida como um *bem jurídico* cuja protecção se alcança pela proibição de algumas condutas das empresas¹³.

Numa palavra: a *teleologia normativa* dos preceitos do RJC traduz a proibição de comportamentos que, constituindo abusos ou desvios, modificam as condições naturais de competição no mercado¹⁴.

Neste quadro, torna-se significativo o facto de a doutrina europeia não deixar de assinalar que os mecanismos de controlo e proibição das distorções de mercado, associadas ao Direito da Concorrência, não têm encontrado a atenção merecida no Direito da Contratação Pública¹⁵.

Desde logo, como denota ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS: “[t]his significant area of overlap between competition and public procurement law (i.e. the competition distortions that public

¹² Em bom rigor, PEDRO COSTA GONÇALVES, salienta que, no âmago do espectro de intervenção do Direito da Concorrência, “*está presente a ideia matricial de tutela ou protecção da concorrência no mercado, quer dizer, de garantia de que o mercado funciona sem entraves e em condições normais e efectivas de competição entre os agentes económicos*”. Cf. “Concorrência e Contratação ...”, *cit.*, p. 486.

¹³ Com efeito, “*empresa*”, tal como é acolhida no art. 3.º, n.º 1, do RJC, não é somente mais um conceito operativo ao lado de muitos outros relevantes neste domínio. Trata-se de um conceito central que na opinião de MIGUEL MENDES PEREIRA “*é o pivô em torno do qual gira a aplicação das normas de concorrência*”. Cf. *Lei da Concorrência anotada*, Almedina, 2009, p. 70.

¹⁴ Nesta sede, D.S. EVANS defende que “*in the case of competition law, it’s main aims to react to and correct competition failures and, particularly, the inefficient exercise of market power by undertakings*”, Cf. “Economics and the Design of Competition Law”, in American Bar Association / Wayne D. Collins / Joseph Angland, *Issues in Competition Law and Policy*, Chicago, ABA - Section of Antitrust Law, 2008, pp. 99.

¹⁵ No que toca à protecção do Direito da Concorrência na contratação pública, ANN LAWRENCE DURVIAUX sintetiza: “*une certaine idée de la concurrence gravite autour des procédures de passation des marches publics. La manière dont les pouvoirs adjudicateurs conçoivent et appliquent les procédures de passation doit intégrer l’exigence d’une certaine concurrence: il s’agit de faire concourir plusieurs opérateurs économiques dans le cadre de la passation des marches publics. Dans la discipline économique, la théorie des enchères donne de précieuses indications sur la première d’organiser cette mise en concurrence le plus efficacement possible*”. Cf. *Logique de Marche ET Marche Public en Droit Communautaire – Analyse Critique D’un Système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 228. Porém, as preocupações concorrenciais não se devem ficar por aqui, porque, como frisa ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, a conjugação entre os dois corpos normativos deve ser coerente. Oferecemos, por isso, um trecho explicativo da sua opinião: “[t]herefore, the competition principle embedded in public procurement Directives should be understood as the necessary link for the approximation and consistent development of both sets of the economic regulation, or as the gateway thought which principles and criteria generally related to the protection of undistorted competition in non-public markets (rectius, in relation with non-public buyers) can be brought to life in public procurement markets to discipline the purchasing behavior of the public buyer”. Cf. *Public Procurement...*, *cit.*, p. 192.

*procurement regulations and administrative practices can produce themselves) still remains unexplored*¹⁶.

Novamente com antecedentes comunitários, a verdade é que a discussão em torno da aplicação das *competition concerns* às entidades públicas e, em particular, às entidades adjudicantes, ganha cada vez mais adeptos na doutrina europeia¹⁷.

Por conseguinte, o intuito fundamental deste estudo contende com uma das formas de correlação que se estabelece entre o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública, a qual resulta directamente da entrada em vigor do RJC: a incidência simultânea destes dois ramos do Direito no que toca às operações de concentração de empresas que, claro está, resultem da adjudicação de um contrato público.

Partindo da premissa de que a protecção do *valor da concorrência* subsiste, quer no domínio do Direito da União Europeia, quer no Direito nacional, cumpre esclarecer se a intencionalidade normativa deste princípio fundamental mantém (ou não) pontos de contacto que permitam concluir que as regras proibitivas do Direito da Concorrência se entrelacem com a matriz e a dogmática *jus-administrativista* constante do CCP.

Da parte do legislador, a resposta parece ser hoje clara, atendendo à disciplina jurídica que os n.ºs 2 e 3 do art. 37.º do RJC consagram no domínio do controlo prévio de concentrações de empresas. Conquanto o valor da concorrência constitua, na linha de PEDRO COSTA GONÇALVES, *factor comum dos dois sistemas de normas que nos ocupamos*¹⁸, a verdade é que a opção legislativa do RJC não dimensionou aquela sobreposição na exigente e complexa disciplina procedimental que o CCP decreta.

Daí, aliás, a necessidade de apreciar o processo de integração das preocupações da concorrência (*i.e.*, derivadas deste direito) na Contratação Pública, designadamente, através da aplicação agregada dos dois ramos do direito no contexto do procedimento de controlo das operações de concentração de empresas.

¹⁶ALBERT SANCHEZ GRAELLS, Cf. *Public Procurement...*, cit., p. 16. Por outro lado, e fazendo uma análise empírica de especial relevo, GRITH SKOVGAARD OLYKKE esclarece: “[i]t’s submitted that the CJEU in preliminary rulings promotes coherence between the rules on public procurement and competition in a way which, on the basis of the rules on free movement, ensures that competition concerns are addressed in a public procurement context. A significant conclusion must be drawn: the CJEU, did not, in any of the four judgments analyzed, refer the rules on competition as the proper legal basis for handling of the (hypothetical) competition concerns”. Cf. “How does the...”, cit., p. 180. Na opinião desta autora, a coerência entre os dois regimes é concebida como “(...) pivotal to ensuring effective competition between tenders for public contracts”. Cf. GRITH SKOVGAARD OLYKKE, *Ibidem*. Observe-se, do mesmo passo, PRESCHAL & VAN ROERMUND, *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford, Oxford University Press, 2008, bem como DOROTA LECZYKIEWICZ “Why do the European Court of Justice Judges need Legal Concepts”, em *ELJ*, n.º 773 (2008), pp. 784 a 785.

¹⁷ Ver, por todos, VALENTINE KORAH, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, 9th edn, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 218 e ss. e bibliografia aí citada.

¹⁸ Expressão usada por PEDRO COSTA GONÇALVES, “Concorrência e Contratação ...”, cit., p. 480.

A relevância da questão que nos ocupa será particularmente evidente se tivermos em consideração que a aplicação das operações de concentração de empresas ao CCP faz com que a *vertente proibitiva* do Direito da Concorrência se misture, não só na teleologia do n.º 4 do art. 1.º do CCP, como também nas outras disposições do código.

Mas mais importante do que isso – e como adiante se verá – é que, produto do exercício de uma competência oriunda dessa *vertente proibitiva*, o desfecho de um procedimento pré-contratual que constitua simultaneamente uma operação de concentração de empresas fica, como é evidente, condicionado à decisão tomada pela AdC.

3. DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO DA CONCORRÊNCIA: **ESBATIMENTO DE FRONTEIRAS.**

No contexto da Contratação Pública, ainda que muitas das potencialidades jurídicas que se lhe assacam possam ser imputadas ao princípio da igualdade ou mesmo a outros princípios (como os da imparcialidade, transparência e publicidade) – os quais, além de comunitariamente consagrados, têm maior dimensão histórica e dogmática –, a verdade é que o princípio da concorrência, presente, quer no Tratado¹⁹, quer nas Directivas referentes à contratação pública²⁰, surge – por força da sua imprescindível instrumentalidade na criação de um mercado interno da união –, como a trave-mestra da contratação pública.

Nas palavras de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, o assinalado princípio aparece no domínio da contratação pública como uma espécie de “*umbrella principle*”²¹, pela forma como o legislador o configurou no art. 1.º do CCP.

Importa, por isso, assinalar que o legislador do CCP optou por consagrar no art. 1.º, n.º 4 que “*à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, igualdade, concorrência*”, norma que, como é evidente, não nos merece reparo e que, aliás, decorre do que se encontra plasmado nas Directivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE²².

¹⁹ A este propósito, veja-se o art. 3.º, n.º 3, do TUE na actual versão, onde se estabelece que a União Europeia aposta numa “*economia social de mercado altamente competitiva*”.

²⁰ Vide Directiva n.º 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31.03.2004, Considerandos n.ºs 2, 4, 8, 12, 13, 15, 29, 31, 36, 41 e 46; Directiva n.º 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31.03.2004, Considerandos n.ºs 9, 11, 15, 20, 21, 23, 32, 38, 40, 41, 42 e 55.

²¹ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, p. 185.

²² À luz das subsequentes considerações, urge esclarecer que a afirmação segundo a qual o princípio de concorrência alicerça as soluções do código não pode significar que o princípio da concorrência tenha sido adoptado na sua plenitude. Um princípio será sempre “*uma norma impositiva de optimização, compatível com vários graus de concretização, consoante as condicionantes fácticas e jurídicas*”. Cf. JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, 2003, p. 1254.

De facto, o princípio da concorrência pode igualmente ser configurado como a coluna vertebral do sistema de contratação pública, pois sustenta-a e assegura que outros princípios em si se alicercem. Efectivamente, a nova disciplina introduzida CCP parece ter apostado numa clara e cuidadosa opção que se enquadra nos princípios comunitários e constitucionais, amigos da concorrência²³. Veja-se, paradigmaticamente, que RUI MEDEIROS considera que é “*justamente, o princípio de concorrência que confere unidade de sentido às soluções do Código*”²⁴.

Portanto, a concorrência sã também não se pode realizar sem que aos concorrentes seja proporcionado um tratamento igual²⁵, sem que lhes sejam exigidos iguais requisitos de acesso e sem que lhes sejam proporcionadas iguais condições de vencer. Neste contexto, os objectivos da contratação pública estão, em qualquer caso, intimamente relacionados com o princípio da igualdade, da transparência e com a proibição de não discriminação²⁶.

Sem prejuízo, a doutrina mais experimentada tem apontado que a regulação da contratação pública cumpre, também, um objectivo manifesto de *economicidade das escolhas públicas*²⁷, isto é, da procura pelo “*best value for money*” – através da obtenção da melhor proposta mediante o menor custo e gasto de recursos²⁸.

²³ RUI MEDEIROS tem defendido que a “[a] opção por uma delimitação do âmbito da Parte II do código amiga da concorrência, constitui, outrossim, uma solução coerente com o “lugar central que uma economia de mercado concorrencial ocupa, por imperativo constitucional, na ordem jurídico-económica portuguesa”. Cf. “Âmbito do novo regime da Contratação Pública à luz do Princípio da Concorrência”, em *CJA*, n.º 69, CEJUR, p. 6.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ A enorme abrangência do princípio da concorrência leva a desdobrá-lo instrumentalmente por um número infinito de outros princípios ou corolários, sendo, por isso, frequente aplicá-lo a situações em que parece confundir-se com o princípio da igualdade, o qual tem consagração expressa na versão consolidada do Tratado da União Europeia (art. 2.º). No campo jurisprudencial, o TJUE tem salientado o papel da contratação pública enquanto instrumento concretizador e de efectivação do princípio da igualdade, para a realização de objectivos comunitários, em particular, da realização do mercado único. Para este efeito, veja-se o ac. *Comissão/ Itália*, de 17.02.1981, Proc. C-133/80 (cf. § 2 e 5) e o ac. *Storebaelt*, de 22.06.1993, Proc. C-243/89 (cf. § 26- 37 a 40).

²⁶ Nenhuma dúvida resta de que a contratação desencadeada por entidades adjudicantes está, necessariamente, regulada pelas normas de Direito Administrativo e, na maior parte das vezes, orientada para que o maior e melhor número de operadores económicos se interesse pela celebração do contrato em causa – oferecendo as contrapartidas necessárias para superar as que presumidamente terão sido oferecidas pelos seus opositores. Também ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS destaca a esta ideia, expressando “[t]he reasons behind this pro-competitive approach to public procurement are that effective competition is expected firstly to remove barriers that prevent new players from entering the market, secondly to benefic contracting entities which will be able to choose from among more tenders and, thus, will be more likely to obtain value for money, and, finally to help maintain the integrity of procurement procedures as such”. Cf. *Public Procurement...*, cit., p. 192.

²⁷ Nesta sede, a interferência da concorrência ocorre para dar lugar à consagração do *princípio do favor participatoris* e, bem assim, para aumentar a escolha quanto à melhor proposta para o interesse público que, como se sabe, permanece intimamente ligado à protecção dos interesses financeiros do próprio Estado. Referindo jurisprudência do TJUE, ganha destaque o ac. *La Cascina*, de 09.02.2006, Proc. C 226/04 e C-228/04 (cf. § 23).

²⁸ No seio da moderna actividade administrativa, quem desempenhe funções públicas que envolvam a gestão de dinheiros públicos está, impreterivelmente, sujeito a um princípio de boa gestão. Na realidade, o princípio de boa gestão decorre, naturalmente, do princípio de boa Administração, pelo que, relativamente a este último, *vide*

Em termos financeiros, a contratação pública implica uma escolha arrojada do respectivo parceiro privado que colaborará na satisfação de uma necessidade pública. Por isso, a actividade contratual do Estado implica, primeiramente, procedimentos adequados com critérios objectivos e transparentes de adjudicação, com vista à promoção de um mercado equilibrado e, seguidamente – porventura com maior relevância para a regularidade das finanças públicas – uma justificação “*de o que gastou, onde, como, porque, para que e quando*”²⁹.

Dito isto, e fazendo eco à síntese feliz de PEDRO COSTA GONÇALVES, o princípio da concorrência na contratação pública “*é um instrumento de concretização (i) do princípio da igualdade de chances e de tratamento dos agentes económicos e (ii) do princípio da economicidade na aplicação dos recursos públicos – opera como padrão ou factor de vinculação da actuação das entidades adjudicantes, que as obriga a seguir uma regra da maior abertura possível à concorrência*”³⁰.

Partindo, portanto, *de um princípio de vinculação das entidades públicas a valores e exigências constitucionais*, PEDRO COSTA GONÇALVES sustenta que “*a concorrência é aqui [leia-se, na contratação pública] um bem jurídico promovido (e produzido) através da imposição de certas obrigações. No direito da contratação, a concorrência surge pois associada a vinculação das entidades adjudicantes nos valores da igualdade e da economicidade*”³¹.

Aqui chegados, parece então que, tanto o Direito da Contratação Pública, como o da Concorrência constituem campos onde se exercita a função reguladora que compete ao Estado, pois ambas as disciplinas representam, no nosso ordenamento jurídico, *mecanismos de correcção de falhas de mercado*³².

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas nucleares*, Almedina, 2012, p. 33 a 79 e bibliografia aí citada.

²⁹ Cf. JOSÉ F. F. TAVARES “A ponderação de interesses na gestão pública vs. Gestão privada”, em *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, 2006, p. 684.

³⁰ Cf., “Concorrência e Contratação ...”, *cit.*, p. 493.

³¹ Cf. “Concorrência e Contratação ...”, *cit.*, p. 495.

³² U. BÖGE ensina: “[i]n general terms, both competition and public procurement rules are desirable sets of economic regulation because they are targeted at the correction of market failure, and are therefore capable of achieving better results than completely unregulated markets”. Cf. “Competition and Regulation: what role can the State play for a better functioning of the Markets?”, in A. M. MATEUS / T. MOREIRA, *Competition Law and Economics: Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement*, Kluwer Law International, 2007, pp. 345 e 346. Portanto, ambos os conjuntos de regulação económica são justificados, em termos gerais, em virtude da detecção de falhas de mercado, sendo que a respectiva integração e aplicação conjunta parece, por isso, deixar espaço para desenvolvimentos significativos.

Naturalmente, se o Direito Comunitário prevê, como parte da sua *espinha dorsal*³³, a adopção de medidas que, em todos os sectores económicos, garantam que a concorrência não seja falseada, então a legislação dos Estados-Membros, mesmo no que respeita à contratação pública, deverá invariavelmente obedecer às normas do Tratado sobre a matéria e, consequentemente, assegurar que a construção do mercado único não é posta em causa. Por conseguinte, no exercício do poder legislativo, os Estados-Membros encontram aqui (*i.e.*, na protecção do valor da concorrência) o seu critério de realização ou, no máximo, o seu limite à autonomia que lhes é conferida³⁴.

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS³⁵ sublinha que o Direito Administrativo e o Direito da Concorrência promovem uma relação de complementaridade no seio do ordenamento jurídico. Assim sendo, diz-se que, na contratação pública, as normas referentes ao Direito da Concorrência devem ser interpretadas de forma a salvaguardar a respectiva autonomia e dogmática, servindo, então, apenas para *completar* o seu próprio regime.

É neste contexto que o mesmo autor ensina que: “[i]n those cases, enforcement based on competition principles (*i.e.* the design of more competition oriented for public procurement) becomes necessary if undistorted market competition is to be attained. Therefore, the strong links between both sets of regulation claim for a common approach and for consistent application”³⁶.

Neste contexto de intersecções, poderíamos conjecturar aquilo que PEDRO COSTA GONÇALVES tem intitulado de *terra comum*, onde se conhece “*um fenómeno de incidência simultânea, conjunta e complementar de ambas as regulações; por isso se fala, com razão, de uma relação de parentesco que une os dois corpos de regras*”³⁷. Contudo, e diferentemente

³³ Expressão usada por MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, 6ª ed., Almedina, 2010, p. 641.

³⁴ Desde logo, ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS considera que “*in order to promote the efficiency of the procurement activities and value for money, public procurement rules need to be pro-competitive and guarantee that they (and the behavior they impose on the public buyer) do not restrict or distort competition in the market*”. Cf. *Public Procurement...*, cit., p. 224.

³⁵ Cf. *Public Procurement...*, cit., p. 199.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Concorrência e Contratação ...”, cit., p. 493. Este autor, defendendo que entre o Direito da Contratação Pública e o Direito da Concorrência prevalece, à partida, um princípio de separação na incidência das duas disciplinas. Ainda assim, não deixa de admitir que, em alguns casos, “*esta subsistência de um princípio de separação não pretende dispensar nem valorizar a existência de uma interacção sinérgica das duas disciplinas na regulação dos mercados da contratação pública: na verdade, como já foi sublinhado, e bem, as regras da concorrência assumem-se sempre como uma contraparte essencial da boa governação de um sistema de contratação pública*”. Para uma análise mais clara sobre este considerando, ver ROBERT D. ANDERSON / WILLIAM. E. KOVACIC / ANNA CAROLINE MULLER, “Ensuring and integrity and Competition in Public Procurement markets: A Dual Challenge for Good Governance”, in SUE ARROWSMITH / ROBERT .D. ANDERSON, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 681-719, e em especial, p. 691.

do que temos vindo a dizer, o mesmo autor ressalva que, na sua concepção, os dois corpos de normas não se sobrepõem, apenas se relacionam.

Recorde-se, no entanto, que o princípio da concorrência, embebido nas Directivas Comunitárias referentes à contratação pública, se destina fundamentalmente à optimização de uma das garantias fundamentais do TFUE, a saber: a garantia de que um mercado interno funciona sem entraves e em condições normais e efectivas de competição entre os agentes económicos.

Destarte, PETER-ARMIN TREPTE advoga que: “[t]he competition rules of the Community are likely to apply to public procurement essentially for two reasons. First, they will apply because of the very nature of the competitive bidding system and of the markets involved. Secondly they may come into play as the result of the positive actions of those involved in bidding for contracts in an attempt to meet the challenges of the system of procurement rules put into place”³⁸.

A relação entre os dois corpos de regras traduz, igualmente, o desígnio de o Direito da Contratação Pública atestar regras pró-concorrenciais, garantindo que estas – bem como a sua aplicação subsequente – não restringem ou distorcem a concorrência no mercado.

Por essa razão, o mesmo autor conclui que: “[t]he procurement rules of the Community should not be seen in isolation, They form part of the general principles of the Treaty relating to free movement and are subjected to, inter alia, the competition rules of the Treaty. These rules may serve to prohibit certain forms of co-operation where this would lead to distortions of competition”³⁹.

Partindo, pois, da premissa de que o princípio da concorrência no Direito da Contratação Pública se comporta na lógica de funcionamento e criação de mercado, parece um facto inelutável que este ramo do Direito partilha, por vezes, dos mesmos objectivos que devem concorrer para a protecção dos fins que estão subjacentes ao Direito da Concorrência.

Porém, e como bem se vê, nem os normativos consagrados no RJC (a propósito das operações de concentração de empresas), nem os preceitos do CCP defendem de forma eficiente a concorrência nos mercados públicos, nem o Direito da Concorrência almeja, autonomamente, acautelar todas as distorções concorrenciais que se formam naquele campo

³⁸ PETER-ARMIN TREPTE, “Public Procurement and the Community Competition Rules”, em *PPLR* (1993), pp. 93 e 94.

³⁹ PETER-ARMIN TREPTE, Cf. “Public Procurement...”, *cit.*, p. 114.

da actividade económica. Previsivelmente, nessa matéria, o legislador pretende que ambos os ramos do direito se remetam a uma aplicação concertada e sistemática⁴⁰.

Esta lógica de coerência e complementaridade⁴¹ faz com que, num primeiro plano, a matriz da contratação pública, fortemente alicerçada no princípio da concorrência, possa (e deva) complementar o âmbito de aplicação ou, até, colmatar falhas decorrentes daquilo que o legislador positivou no domínio do Direito da Concorrência. Já num outro plano, é evidente que os critérios e os conceitos usualmente aplicados na promoção e defesa da concorrência se devem guiar pela concreta aplicação daquele princípio na consagração e flexibilização das normas do CCP.

Naturalmente, se o princípio da concorrência “*dá unidade de sentido às soluções do código*”⁴², é por demais evidente que as disposições do CCP – as quais almejem proibir comportamentos que afectam o regular funcionamento do mercado – só serão legitimamente aplicadas enquanto forem capazes de traduzir uma conciliação objectiva e subjectiva com o âmbito de aplicação das normas do Direito da Concorrência⁴³.

Com base neste complexo jogo de equilíbrios, parece evidente que as regras de contratação pública não deverão alterar o conteúdo e a dogmática própria da *European Competition Law*, nem ainda alterar o figurino de proibições estabelecidas no domínio do Direito da Concorrência, em particular, no domínio das operações de concentração de empresas.

Perante esta “*biunivocal or interconnected relation*”⁴⁴ surge, mais do que no caso das operações de concentração, uma obrigação para legislador, quando cria regras de contratação

⁴⁰ Cf. O art. 36.º, n.º 2, do RJC. Esta norma obriga a notificar previamente uma operação de concentração que resulte de procedimento para a formação de contrato público. Por conseguinte, não se trata de uma matéria prevista no CCP, mas outrossim de uma interferência do Direito da Concorrência e das suas preocupações preferenciais no Direito da Contratação Pública. Resulta deste facto, de forma clara, que o regime jurídico do CCP não é auto-suficiente em matéria de protecção da concorrência, mas antes requer uma articulação com o RJC.

⁴¹ Com efeito, consideramos que não é possível descaracterizar os conceitos operativos do Direito da Concorrência no domínio da contratação pública, sob pena de substituir a relação de complementaridade por uma de especialidade entre os dois domínios. Em boa verdade, esta relação de especialidade é indesejada, uma vez que pelo postulado *Lex specialis derogat lex generali* estaria aberta a porta a uma contradição entre os dois regimes jurídicos. Assim também patenteia ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement...*, cit., p. 199.

⁴² Ver a nossas notas 22 e 23.

⁴³ Sem desvalorizar aquilo que agora dissemos, é importante referir que este postulado apenas se poderá incidir sobre as entidades públicas que exerçam actividades económicas e, por isso, que se submetem naturalmente às regras da concorrência. A verdade é que, na opinião de PEDRO COSTA GONÇALVES, “*em regra, as entidades submetidas às regras do CCP não se qualificam como empresas, pois não estão expostas à lógica de mercado*”. Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Concorrência e Contratação ...”, cit., p. 507. Todavia, não pensamos que tal entendimento constitua um obstáculo insuperável, uma vez que, na acepção do TJUE, a actividade desenvolvida pelas entidades adjudicantes já foi qualificada, não raras vezes, como económica. Ver o nosso capítulo n.º 4.

⁴⁴ ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement...*, cit., p. 192. Longe da problemática relativa às operações de concentração de empresas na contratação pública, mas antes a propósito da coerência entre os dois regimes

pública: não ofender os princípios fundamentais da Concorrência. Nem outra solução seria projectável, uma vez que é no respeito e, simultaneamente, na promoção de uma concorrência sã que assenta hoje o valor nuclear dos procedimentos adjudicatórios de contratação pública. Parece então que, mesmo em geral, as regras do Direito da Contratação Pública não poderão gerar distorções ou perturbações desproporcionadas na dinâmica no Direito da Concorrência, razão pela qual se tem vincado que “*public procurement rules have to be interpreted and applied in a pro-competitive way, so that they do not hinder, limit or distort competition*”⁴⁵.

Convém, mesmo assim, frisar que, *em regra*, não deixamos de pensar que o valor da concorrência cumpre de facto uma *dualidade normativa*⁴⁶. Porém, a dúvida existe sobretudo em contextos de sobreposição (como aquele que resulta das operações de concentração de empresas), onde está em causa saber se ambas as disciplinas jurídicas revelam (ou não) a pretensão simultânea e coincidente de regular o mesmo facto ou episódio, não só para validar como também para condicionar a solução que uma ou outra oferecem⁴⁷.

Por essa razão – e sempre que nos deparemos com preocupações concorrenciais na contratação pública –, não nos causa embaraço pensar que a harmonização entre as duas disciplinas se revolve “*melhor e mais eficientemente por um processo de integração das preocupações da concorrência (típicas do Direito da Concorrência) na disciplina da Contratação Pública. Trata-se de um processo que vem a comportar um enriquecimento do Direito da Contratação pelo Direito da Concorrência. Com efeito, nesse caso, não se trata já de surpreender ou destacar a existência de contactos ou de relações de parentesco entre as duas disciplinas, mas, em vez disso, de admitir ou fomentar processos de integração de mistura das finalidades nos dois universos normativos*”⁴⁸.

jurídicos no plano jurisprudencial do TJ, GRITH SKOVGAARD OLYKKE ensinava: “[t]he important outcome of this case law is the obtaining of coherence between public procurement law and an area of law which cannot be completely disregarded in a public procurement context due to the fact that where competition law is violated, the competition for public contracts would be distorted, and, hence, the common objective of the rules, namely the creation and functioning of the internal market, would not be achieved”. Cf. “How does the...”, *cit.*, p. 191. Como resulta das palavras desta autora, mais do que o problema concretamente respeitante às operações de concentração, a coerência entre os dois corpos normativos é um dado imprescindível para a construção e funcionamento de um mercado comum livre e equilibrado.

⁴⁵ ALBERT SANCHEZ GRAELLS, *Public Procurement...*, *cit.*, p. 198.

⁴⁶ PEDRO COSTA GONÇALVES, sublinha que, salvo em algumas excepções, e por força do princípio de separação entre a regulação dos dois domínios do direito, os “*procedimentos de contratação pública representam um ponto de encontro entre procura e oferta de bens e serviços. Erguidas em torno de um mesmo valor ou bem jurídico – a protecção da concorrência –, e as regras da contratação pública e as regras da concorrência regulam dois diferentes lados dos procedimentos de contratação pública*”. Cf. “Concorrência e Contratação ...”, *cit.*, p. 502

⁴⁷ No caso das operações de concentração de empresas veja-se que, consoante as circunstâncias, a decisão proveniente da AdC pode influenciar determinadamente o decurso do procedimento de contratação. Veja-se o nosso capítulo n.º 8.

⁴⁸ Proposta da autoria de PEDRO COSTA GONÇALVES. Cf. “Concorrência e Contratação ...”, *cit.*, p. 508. O autor vai mais longe, e defende que “*as entidades adjudicantes não devem ficar submetidas a dois universos*

Sem querer desrespeitar a excelente síntese explicativa de PEDRO COSTA GONÇALVES, que agora ase destacou, parece-nos, todavia, que, no caso das operações de concentração de empresas, o valor da concorrência determina a incidência simultânea e complementar de ambas as regulações e propugna que se avance para um verdadeiro modelo de sobreposição, ou seja, na senda do que ensina ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS⁴⁹, de *aplicação cumulativa do direito da contratação e do Direito da Concorrência*.

Em bom rigor, não deixa de ser defensável que o legislador, ao consagrar, no art. 36.º, n.º 2, do RJC, que uma operação de concentração possa resultar de um procedimento para a formação de um contrato público, tenha, portanto, dado um longo passo em frente. É que, como bem se vê, hoje existe a possibilidade de as entidades adjudicantes que exerçam ou que sejam competentes para o exercício de actividades económicas desencadearem operações de concentração por via da outorga de um contrato público e de, assim, provocarem distorções no mercado e na concorrência.

Ora, tendo em consideração os dados que conhecemos, parece consubstanciar-se a tese de que o Direito da Contratação Pública e o Direito da Concorrência não sendo sucedâneos, *constituem pelo menos ramos do direito intrinsecamente conexos e complementares*.

Ponderando a multiplicidade de factores e argumentos, e dada a contemporaneidade da matéria, pensamos, todavia, que só uma decomposição cautelosa da disciplina jurídica do RJC sobre a actividade contratual das entidades adjudicantes nos possibilitará ajuizar do grau de realização desse objectivo pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

Privilegiaremos, por isso, o estudo do controlo público de operações de concentração de empresas efectuado em Portugal pela AdC, à luz da nova disciplina jurídica consagrada pelo RJC. A nossa atenção recairá, então, sobre o controlo de concentrações de âmbito nacional e não sobre as concentrações de dimensão europeia, cujo controlo é efectuado pela Comissão Europeia⁵⁰.

normativos, mas apenas ao direito da contratação: porém, este deve acolher e integrar a dimensão de proibição de abusos ou de práticas abusivas do titular do buyer power (o que corresponde às preocupações concorrenciais) ”. Ibidem.

⁴⁹ ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement...*, cit., pp. 190 e ss., e em particular, p. 192.

⁵⁰ Atendendo à lacuna originária, foi na sequência dos acs. do TJUE *Continental Can*, de 21.03.1973, Proc C-6/72 e *Philip Morris (BAT e Reynolds)*, de 17.11.1987, Proc. C- 142 e 156/ 84 que Comissão passou a admitir a possibilidade de as concentrações entre empresas poderem ser objecto de controlo *jus-concorrencial* através do art. 85.º do TCE (e actuais 101.º e 102.º do TFUE). Sobre a Doutrina firmada neste último ac., veja-se SOFIA OLIVEIRA PAIS, *O Controlo de Concentrações no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, 1996, pp. 41 e ss. A incerteza daqui resultante – diz-se – foi habilidosamente utilizada pela Comissão para impulsionar o processo que culminou com a adopção do Regulamento Comunitário Sobre Concentrações n.º 4064/89 do Conselho, de 21.12.1989. Hoje, as denominadas “concentrações comunitárias” ou de “dimensão comunitária”, são regidas pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20.01.2004, relativo ao controlo das

De facto, não ignoramos que o direito nacional da concorrência consagra uma disciplina jurídica relativa às operações de concentração de empresas, determinantemente influenciada pelo Direito da União Europeia. A este respeito, alerte-se que, malgrado se tratem de dois âmbitos conceptualmente distintos, os controlos de concentrações de dimensão nacional e europeia não estão verdadeiramente separados, quer na sua génese, quer no modo como se relacionam e coexistem⁵¹.

Com efeito, sendo certo que o intérprete nacional se vê, na maior parte das vezes, obrigado a sanar as suas dúvidas hermenêuticas através de uma aplicação conforme do Direito interno com os conceitos jurídicos e a experiência decisória da Comissão Europeia, importa alertar que limitar-nos-emos a dedicar a nossa atenção às soluções jurídicas oriundas do Direito da União Europeia quando, em resultado de especificidades jurídicas, o seu contributo se torne verdadeiramente necessário.

Todavia, e para efeito do presente estudo, o discurso partirá, essencialmente, do prisma do Direito da Contratação Pública – hoje inequivocamente alicerçado sobre o CCP – cruzando-o com o regime jurídico do Direito da Concorrência⁵². Nessa sede, daremos atenção às operações de concentração de empresas resultantes de procedimentos pré-contratuais públicos, precisamente uma das mais recentes e importantes novidades que o RJC comporta e que maior progresso imporá à nossa comunidade jurídica.

concentrações de empresas (RCC) e pelo Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, de 7.04.2004. Complementarmente, e a propósito da articulação entre a Comissão Europeia e as Entidades públicas dos Estados-membros responsáveis pela defesa e promoção da concorrência, atente-se o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002. Para um importante apontamento histórico nesta matéria, ver JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA “A modernização da aplicação das regras comunitárias de concorrência segundo a Comissão Europeia – uma reforma fundamental, em BFDUC, *Volume comemorativo dos 75 anos*, F.D.U.C., 2003, pp. 717-768 e bibliografia aí citada.

⁵¹ À luz de um *princípio de convergência*, o qual se impõe aos Estados-membros em matéria de concorrência, a determinação das regras aplicáveis – Direito nacional ou Direito da União Europeia – dá-se em obediência a critérios quantitativos expressos em limiares financeiros respeitantes ao volume de negócios das empresas envolvidas na operação de concentração, bem como a critérios geográficos relativos aos territórios nos quais tal volume de negócios é realizado. Os critérios que determinam a aplicação do Direito Comunitário estão previstos no art. 1.º do RCC. Por seu turno, os critérios que determinam a aplicação do direito nacional estão positivados no art. 37.º do RJC.

⁵² Vide Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31.03.2004 e Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31.03.2004.

4. AS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: REFLEXOS DE UMA REALIDADE.

O n.º 1 do art. 36.º do RJC refere: “[e]ntende-se haver uma concentração de empresas, para efeitos da presente lei, quando se verifique uma mudança duradoura de controlo sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas, em resultado:

- a) Da fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes;
- b) Da aquisição, directa ou indirecta, do controlo da totalidade ou de partes do capital social ou de elementos do activo de uma ou de várias outras empresas, por uma ou mais empresas ou por uma ou mais pessoas que já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa”.

Complementarmente, o n.º 2 do mesmo artigo adita uma outra hipótese sintomática do que também se entende por uma concentração de empresas: “a criação de uma empresa comum”, desde que a mesma “desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma”. Para o efeito, importa fazer uma breve alusão ao n.º 3 do art. 36.º do RJC, bem como às alíneas a) e b) do mesmo número. Numa palavra: aqueles preceitos cunham a noção e as formas jurídico-concorrenciais de “controlo”, determinantes para a existência de uma operação de concentração⁵³.

A aquisição de empresas, como operação comercial, nunca pode ser verdadeiramente irrelevante para o Direito da Concorrência⁵⁴. Sem prejuízo da sua proeminente relevância no

⁵³ Relativamente à natureza jurídica das operações de concentração de empresas e com maior detalhe sobre a actividade reguladora da AdC nesta matéria, ver CAROLINA CUNHA, em *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, cit., pp. 399 a 407 e vasta bibliografia aí referida. Sobre a forma como este controlo é feito, bem como a devida articulação com a Comissão Europeia no que toca ao mecanismo de remessa ver, por todos, CAROLINA CUNHA, *Controlo de Concentrações de Empresas Direito Comunitário e Direito Português*, Cadernos IDET, n.º 3, Almedina, 2005, pp. 47 a 91.

⁵⁴ Uma vez que o ancestral das operações de concentração remonta a fontes comunitárias, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES entende que o objectivo desse regime visava a criação de “instrumentos de reforço da competitividade da indústria e empresas comunitárias e de reflexo crescimento do nível de vida na CE, permitir a edificação de um sistema de controlo prévio que garanta que as concentrações supostas pelas modernas correntes liberalizantes e globalizantes não ofendam de forma irremediável o valor superior da manutenção de uma concorrência efectiva e dinâmica na Comunidade Europeia”. Cf. “A Aquisição de...”, cit., pp. 277 e 278. Para PEDRO COSTA GONÇALVES, o controlo de concentrações constitui, tradicionalmente, um expediente de “controlo público de negócios jurídicos privados”. Cf. “Controlo de Concentrações no Direito Português (uma visão jus-administrativa)”, em C&R, n.º 7/8 (2011), IDEFF & AdC, p. 251. Contudo, as novidades trazidas pelo RJC fazem notar que a função de controlo atribuída à AdC fica agora definitivamente consagrada para o âmbito dos negócios jurídicos públicos. Nesta conformidade, compete-lhe agora um exercício de controlo de perfil dualista, isto é, abrangendo tanto actos e negócios jurídicos em que intervêm pessoas colectivas de direito privado, como nos casos em que tal envolva actos jurídicos exercidos por pessoas colectivas de direito público. Devemos começar por referir que o recurso à noção de *contrato público* no n.º 2 do art. 37.º parece querer manifestar a vontade do legislador em aplicar o regime das operações de concentrações no âmbito da contratação pública não apenas aos casos cujo procedimento pré-contratual é regulado pelo CCP, mas também aos contratos outorgados pelas mesmas entidades adjudicantes ainda que ao abrigo de regimes jurídicos especiais

seio das questões tratadas pelo Direito Comercial, *maxime*, pelo Direito das Sociedades Comerciais⁵⁵, a intervenção pela concorrência tem sido cada vez mais importante para assegurar aquilo que PEDRO COSTA GONÇALVES tem afirmado como a “*licitude administrativa*”⁵⁶ dos negócios jurídicos que consubstanciam operações de concentração, enquanto corolário da promoção e defesa da concorrência no mercado nacional.

Do ponto de vista da Concorrência, esta intervenção é entendida como uma intervenção *selectiva e não necessária*⁵⁷. De facto, o Direito da Concorrência não se ocupa sempre da mesma forma, nem ao mesmo tempo por todas as aquisições de empresas. Com o procedimento de controlo prévio de uma operação de concentração entre empresas, o legislador pretende, tão-somente, prevenir que as liberdades individuais e contratuais afectem negativamente os mercados relevantes em que as empresas operam e, bem assim, onde os consumidores florescem⁵⁸. Tal acontecerá sempre que tais reestruturações empresariais possam afectar terceiros ou frustrar a liberdade de incentivo à manutenção de concorrência no mercado, nos termos *infra* expostos⁵⁹.

anteriores, bem como aos contratos excluídos do âmbito de aplicação do CCP e objecto de legislação especial posterior.

⁵⁵ Sobre a matéria no seio do Direito das Sociedades Comerciais, ver ELDA MARQUES, “Art. 97.º”, em AAVV *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, (Coord.) JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, Vol. II, pp. 155-175, bem como JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 4ª ed., Almedina, 2013.

⁵⁶ PEDRO COSTA GONÇALVES, “Controlo de...”, *cit.* p. 255

⁵⁷ Acompanhamos a enunciação de MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Cf.* “A Aquisição de...”, *cit.*, p. 268. Já ao abrigo do regime anterior à LdC, VÍTOR JOÃO VASCONCELOS RAPOSO RIBEIRO CALVETE postulava que “*o nosso ordenamento jus-concorrencial, a intervenção [do, à data, Conselho da Concorrência] em operações de concentração é residual: só pode ter lugar onde estejam preenchidos os requisitos de quota de mercado ou de volume negócios que vinculam as empresas participantes a notificarem a operação (...) e onde não estejam preenchidos os requisitos que obrigam as empresas participantes a notificarem a operação às instâncias comunitárias*”. *Cf.* “*Quis Leget Haec? A Delimitação do Thema Decidendum do Parecer do Conselho da Concorrência em Processos de Concentração de Empresas*”, em BFDUC, *Volume comemorativo dos 75 anos*, F.D.U.C., 2003, pp. 769-770.

⁵⁸ Aplicando a doutrina de MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “[t]rata-se, por isso, aqui, de uma intervenção que visa evitar que de uma concentração (...) nasça uma posição dominante susceptível de entrar a concorrência num determinado mercado ou resulte uma redução substancial do nível de concorrência existente no mercado”. *Cf. Ibidem.* Veja-se, por exemplo, que o RJC parece impor a notificação prévia apenas às operações que preencham um dos critérios previstos nas alíneas a), b) ou c) do n.º 1 do art. 37.º do mesmo diploma. De qualquer modo, a verificação do preenchimento dos limiares de notificação não se traduz ainda num exercício da avaliação substantiva da operação, mas outrossim para determinar a existência ou não de uma *obrigação de notificar à AdC ou à Comissão Europeia*. Com efeito, os limiares nacionais continuam abaixo dos limiares comunitários e por aqui é bem visível que o RJC representa a bitola mínima de relevância jus-concorrencial de uma operação de concentração. A propósito dos actuais critérios previstos no RJC a este respeito, veja-se, por todos, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e ANA JOÃO VIDE, em *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, *cit.*, pp. 408 a 423 e bibliografia aí citada.

⁵⁹ O RJC delimita o seu âmbito de aplicação ao “mercado nacional” ou “parte substancial deste”. Sem prejuízo das considerações que teceremos a propósito da definição de mercado relevante numa operação de concentração resultante da adjudicação de um contrato público, a AdC define a sua competência jurisdicional, para efeitos de avaliação da concentração, às operações que se projectem nos limites do mercado geográfico português ou que neste venham a ter impacto. *Cf.* art. 37.º, n.º 1, do RJC.

A razão de ser da intervenção do Estado no comércio jurídico que se estabelece entre sujeitos privados e agora entre esses e os sujeitos públicos não é tanto a de “curar” a transmissão da empresa em si mesma, mas outrossim a de prevenir os efeitos – estruturais ou funcionais – que essa aquisição possa ter no mercado (ou mercados) relevante(s) onde a (ou as) empresa(s) actua(m)⁶⁰.

É inelutável que a concentração empresarial pode trazer inúmeras vantagens para os *players* envolvidos, nomeadamente, ganhos de eficiência na execução e satisfação de necessidades públicas (economias de escala ou de gama, bem como as mais diversas sinergias), podendo inclusivamente contribuir para o bem-estar dos consumidores e utentes nos casos em que tais eficiências se traduzam em preços mais baixos ou aumento da qualidade ou da diversidade dos produtos ou serviços comercializados pelas empresas em apreço⁶¹.

No entanto, uma operação de concentração pode igualmente suscitar efeitos negativos na estrutura concorrencial dos mercados públicos, sendo, em regra, tais efeitos tão perniciosos quanto mais elevado for o grau de concentração no mercado. Esta conclusão tem lugar sempre que da concentração resulte a possibilidade de uma empresa ser dotada de um poder de mercado tal que os seus comportamentos afectam o bem-estar social⁶².

Neste contexto, o regime de controlo prévio de concentrações servirá para impedir toda e qualquer operação que se mostre susceptível de privar *significativamente* os consumidores das

⁶⁰ Note-se, num plano mais avançado, que a intervenção deste mecanismo de controlo *a posteriori*, em princípio pela análise dos efeitos do comportamento sobre o mercado interno ou parte substancial deste, só permitiria ao Estado intervir sobre posições dominantes já existentes e sobre concentrações já realizadas, não tendo qualquer efeito preventivo no que toca à criação destas mesmas posições susceptíveis de afectar, irremediavelmente, a concorrência; em segundo lugar, através dessa metodologia, apresentar-se-ia como difícil – ou até impossível – a restituição do *status quo ante*. Por todo o exposto, as operações de concentração existem com base numa fiscalização *ex ante*, ou seja, o controlo é exercido antes da sua concretização. Sobre a evolução deste pensamento no direito comunitário, veja-se, por todos, MARK FURSE, *Competition Law of the UK and EC*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 262 e ss.

⁶¹ Considera, por exemplo, CAROLINA CUNHA, que “*como realçam as teses da administração empresarial enquanto bem disponível no mercado do controlo de empresas, as concentrações funcionam como um incentivo à melhor gestão, na medida em que se expõem a administração das empresas à contingência de se ver substituída*”. Cf. *Controlo de...*, cit., p. 12. No que toca a estas vantagens, a autora frisa aspectos benéficos como a redução de desperdício na produção de bens ou os aumentos aos incentivos à inovação e ao desenvolvimento de produtos oferecidos. Cf. *Ibidem*. Igualmente sobre esta matéria ver STEPHEN MARTIN, “Economic Efficiency and Concentration: are Mergers a Fitting Response?”, *European University Institute – EUI working Papers in Economics*, n.º 92/75, Florence, 1992, pp. 30 e ss.

⁶² Sobre estes efeitos no espectro geral das operações de concentração, mas igualmente transponíveis para o Direito da Contratação Pública ver, por todos, MASSIMO MOTTA, *Competition Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 30 e ss. Por outro lado, e sintetizando a opinião deste autor, o poder de mercado é hoje entendido como capacidade de uma ou mais empresas subirem os preços de forma lucrativa, reduzirem a produção, a escolha ou a qualidade dos bens e serviços, diminuírem a inovação ou influenciarem de outra forma os parâmetros da concorrência, independentemente dos comportamentos dos consumidores.

vantagens decorrentes de uma *concorrência efectiva*⁶³ – entendida hoje pela presença dos seguintes indicadores: preços reduzidos, produtos de elevada qualidade, vasta escolha de bens e serviços, existência estímulos à inovação (no mercado nacional ou em parte substancial deste) – já que em resultado da mesma concentração, se aumenta o poder de mercado das empresas.

Por outro lado, a análise sobre o impacto de uma concentração no mercado deve ser norteada pelos parâmetros económicos relevantes que se encontram consagrados no n.º 2 do art. 41.º do RJC. Porém, a sua utilidade encontra-se funcionalmente conexcionada com a definição de mercado relevante que seja adoptada no âmbito da operação notificada⁶⁴.

A eficiência na realização dos contratos celebrados por entidades públicas e outros organismos equiparados àquelas, para efeitos de contratação externa à instituição, é uma imposição, não só da lógica de maximização da utilidade dos recursos públicos, como também um imperativo de eficiência económica a nível nacional e Europeu.

É com vista a expandir o nível de eficiência na contratação do Estado e de outros entes públicos com entidades privadas que as operações de concentração de empresas assumem sucessivamente um emprego crescente na contratação pública, apresentando-se, hoje, como uma peça fundamental do actual quadro jurídico da contratação pública.

Consabidamente, aquilo que na esmagadora maioria das vezes está em causa, é a susceptibilidade da operação consubstanciar *a criação ou o reforço de uma posição dominante do operador económico no(s) mercado(s) público(s) em apreço* e, bem assim, acautelar o exercício abusivo dessa posição. Porém, e ao contrário do que sucedia no art. 12.º, n.º 4, da LdC, a apreciação de uma operação de concentração não se queda agora, exclusivamente, sobre essas situações, uma vez que o RJC optou por uma formulação mais funcional e flexível: “*a criação de entraves significativos à concorrência efectiva*”.

Assim, podem agora ser proibidas concentrações susceptíveis de criar “*entraves significativos à concorrência efectiva*”, ao invés do critério anterior, presente na LdC, que

⁶³ Cf. art. 41.º, n.º 4, do RJC. ANTÓNIO FERREIRA GOMES e PEDRO MARQUES BOM, numa concepção contemporânea e sintetizadora, induzem: “*concorrência efectiva corresponde à ideia de uma concorrência não falseada no mercado, que promova o desenvolvimento económico e o bem-estar social dos consumidores, ao contribuir para menores preços dos bens e serviços, melhor qualidade ou maior variedade ou inovação*”. Cf. *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, cit., p. 530. No mesmo sentido, CHRISTOPHER BELLAMY & GRAHAM DEREK CHILD, *European Community Law of Competition*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 40 a 44. Coerentemente veja-se o que se encontra previsto nas conhecidas “Orientações para a Apreciação das Concentrações Horizontais nos termos do Regulamento do Conselho Relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas”, (disponível em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:pt:PDF> e acedido em 17.05.2013), pp. 5 e ss. (cf. § 8 e seg.)

⁶⁴ Ver o nosso capítulo n.º 5.

impunha que uma decisão de proibição se fundamentasse na “*criação ou reforço de uma posição dominante*”. Com efeito, trata-se de uma mudança legislativa que se encontra longe de ter um carácter meramente cosmético⁶⁵, permitindo que sejam controladas (e proibidas) operações de concentração que não se apresentem susceptíveis de reforçar uma posição dominante individual mas cuja realização possa gerar consequências negativas para o processo concorrencial, em virtude de reforçarem outros tipos e fenómenos de coordenação⁶⁶.

Do ponto de vista metodológico, a AdC começa por definir o(s) mercado(s) público(s) relevante(s) para, em seguida, apreciar as quotas de mercado, como os níveis de concentração resultantes da operação notificada⁶⁷.

Em seguida, e no que toca a uma operação de concentração resultante de um procedimento pré-contratual, a análise da AdC incidirá, então, sobre o potencial aumento do poder de mercado do adjudicatário, e ora notificante. De facto, o aumento do poder de mercado resulta, pois, da medida em que a concentração elimine pressões concorrenciais importantes sobre o notificante em causa – o factor determinante é, portanto, a supressão da concorrência entre as empresas que exercem (ou, exerçam) a(s) mesma(s) actividade no(s) mercado(s) em causa.

Face à adjudicação de um contrato público importará, por conseguinte, determinar a concorrência efectiva existente no momento em que a operação é notificada, bem como aquela que potencialmente existirá após a sua realização, mormente, face à posição de domínio detido pelo (futuro) outorgante daquele contrato público.

Tal, em bom rigor, reconduz-se a uma medição do seu poder de mercado, efectuada com recurso a critérios atinentes à estrutura de mercado e da empresa em causa, de um lado, e critérios relativos ao comportamento da própria empresa adquirente, de outro.

Com efeito, torna-se necessário circunscrever o perímetro das operações de concentração que poderão ser submetidas ao procedimento fiscalizador previsto no RJC. Tendo presente o que o consagra aquele diploma, tal deve-se efectuar através de um processo dividido em dois momentos lógicos: em primeiro lugar, há que qualificar o procedimento pré-contratual como uma *operação de concentração de empresas* – e, assim, subsumi-la à respectiva avaliação jus-

⁶⁵ De resto, esta é, como se sabe, a bitola utilizada pelo Direito da União Europeia.

⁶⁶ No contexto da contratação pública, o critério habitual continua a partir, em particular, da avaliação da quota de mercado detida pelo notificante no(s) mercado(s) relevante(s), “*correspondendo a detenção de elevadas quotas de mercado a um elemento de prova significativo quanto à existência de uma posição dominante, adquirindo a natureza de presunção (ilidível)*”. Assim, NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação de Concessões na Nova Lei da Concorrência”, em *RCP*, n.º 5 (2012), CEDIPRE, p. 67.

⁶⁷ Com efeito, as quotas de mercado a ter em conta resultam da soma das quotas detidas pelo notificante antes da operação e aquela que resulta da operação agora projectada. Na verdade, para cálculo da quota de mercado e de volume de negócios da empresa em causa na concentração, ter-se-á, também em conta os critérios enunciados no art. 39.º do RJC.

concorrencial como base nos indicadores *supra* enunciados – para, em segundo lugar, verificarmos as consequências do resultado dessa avaliação relativamente ao procedimento pré-contratual em apreço. É isso que doravante nos ocupará.

4.1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO SUBJECTIVA: A APLICAÇÃO DA DOUTRINA DA ACTIVIDADE ECONÓMICA ÀS ENTIDADES ADJUDICANTES.

À semelhança do que já se referiu, para que nos deparemos com uma operação de concentração de empresas, o primeiro pressuposto previsto na lei que se deve encontrar preenchido é justamente o de que a relação jurídica em apreço, independentemente da forma que a mesma assuma, implique uma mudança duradoura do controlo sobre a totalidade ou parte *de uma ou mais empresas*⁶⁸. Assim, o regime jurídico do controlo das operações de concentração de empresas pretende abranger *modificações jurídicas que conduzam a uma alteração duradoura da estrutura das empresas* – como veremos *infra*, tal apenas será possível se, no âmbito de um procedimento para a formação de contrato público, a *actividade subjacente ao contrato* for considerada uma “empresa” à luz do conceito constante da ordem jurídica comunitária.

O conceito jurídico de empresa utilizado no domínio do Direito da Concorrência e fulcral para efeitos de aplicação das mesmas regras, caracteriza-se, *prima facie*, pelo seu reduzido formalismo conceptual, sendo a tónica colocada no seu carácter funcional. Considera-se uma empresa qualquer entidade que exerça uma actividade económica no mercado “*independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento*”⁶⁹. Em simultâneo, e na esteira do que a vasta jurisprudência do TJUE tem vindo a afirmar sobre esta matéria, as empresas são sujeitos que exercem uma “*actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado*”^{70/71}.

⁶⁸ Cf. art. 36.º, n.º 1 e 2, do RJC.

⁶⁹ Expressão constante do art. 3.º, n.º 1, do RJC. Neste sentido, MIGUEL MENDES PEREIRA alerta para um facto que nos parece da maior importância: “*Assim, desde logo, empresa não é sinónimo de sociedade comercial, não sendo, pois, exigida a natureza societária nem tão pouco a prossecução de fins lucrativos*”. Cf. *Lei da Concorrência*, cit., p. 127. Nas palavras de LUC PEEPERKORN e VINCENT VEROUDEN “*This is defined as any activity consisting in offering goods and services on a given market in order to ensure that the rules apply widely, thereby limiting the circumstances in which anti-competitive agreements can escape from prohibitions by virtue of their legal form rather than their object or effect*”, Cf. LUC PEEPERKORN e VINCENT VEROUDEN, “*The Economics of Competitions*”, in JONATHAN FAULL & ALI NIKPAY, *The EC Law of competition*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 204.

⁷⁰ Com base num entendimento que vem sido reafirmado pelo TJUE, veja-se o ac. *J.C.J Wouters e o. C Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, de 19-02-2002 e Proc. C-309/99, onde se considerou que empresa para este ramo do direito seria “*qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de financiamento, isto é qualquer actividade consistente*

Aparentemente, o mesmo será dizer que o conceito de empresa implica a consideração da actividade que é *materialmente* exercida, em detrimento de uma análise da natureza jurídica da entidade. Este entendimento mostra-se suficiente para sustentar que a amplitude do conceito em apreço pode ser consideravelmente alargada, reconduzindo-o à referida noção funcional, extensivamente aplicável, em igualdade de circunstâncias, quer às entidades de natureza privada quer às entidades de natureza pública⁷².

Posto isto, para que se identifique a presença de uma actividade económica no espectro funcional das actividades do Estado (e demais entidades públicas) é portanto necessário proceder, casuisticamente, a um exame sobre o modo como as mesmas são exercidas⁷³.

Paradoxalmente, podemos constatar que a densificação dos conceitos que agora congregámos jamais se poderá circunscrever a uma análise doutrinária. Só a riqueza mostrada pela jurisprudência do TJUE, tantas vezes confrontada com situações ambíguas, fruto da diversidade jurídica que cada Estado-Membro apresenta, é que nos permitirá reunir os elementos necessários para a correcta compreensão desta matéria⁷⁴.

na oferta de bens e serviços num determinado mercado” (cf. § 46) Complementarmente, veja-se o ac. *Aéroports de Paris*, de 24-10-2000, Proc. C-82/01 (cf. § 111 a 125).

⁷¹ Sendo hoje constatável que, a propósito do conceito de empresa, o TJUE tem julgado que a personalidade jurídica não é determinante para a existência de uma estrutura de tipo empresarial, avançando e acrescentando que não importará nem o estatuto jurídico nem as modalidades de financiamento ou a ausência de fins lucrativos. A este propósito veja-se o ac. *Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-vie, Union des Assurances de Paris-vie e Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs*, de 16-11-1995, Proc. C-244/94, segundo o qual “*o simples facto da CCMSA não ter fins lucrativos não retira à actividade que exerce uma natureza económica, uma vez que [...] pode dar lugar a comportamentos que as regras de concorrência visam reprimir*” (cf. § 20). Repare-se, porém, que a delicadeza da questão que nos ocupa aconselha a alguma prudência uma vez que o TJUE não tem assegurado que o critério que acabámos de referir se mostre idóneo para a qualificação da entidade como empresa, mas antes reforça a legitimidade da intervenção do Direito da Concorrência nestas matérias.

⁷² À luz do substrato económico-funcional que preside ao conceito de empresa, note-se, de qualquer modo, que, na esteira do que ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS entende que não existe nenhuma razão para afastar liminarmente as empresas e demais entidades públicas – independentemente da forma que assumam – do domínio de aplicação das *competitions concerns*, positivadas na nova Lei da Concorrência (RJC) e no Direito da Concorrência comunitário, cf. *Public Procurement...*, cit., p. 134. Observamos que, mesmo antes da entrada em vigor do RJC, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, em consonância com a doutrina estrangeira, entendia que não seria de excluir que se pudesse estender o conceito de empresa a pessoas colectivas de direito público, entre os quais o próprio Estado e demais entidades públicas administrativas, na medida em que se preencham os elementos da noção jus-concorrencial. Cf., *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense...*, cit., p. 37, nota 17 e bibliografia aí citada. Na doutrina estrangeira vide GABRIEL ECKERT “L'égalité De Concurrence Entre Opérateurs Publics Et Privés Sur Le Marche”, em *Gouverner, Administrer, Juger, Liber Amicorum*, JEAN WALINE, Paris, Dalloz, 2002, p. 207 e AURELIO PAPPALARDO, “Measures of The States and Rules of Competition of the EEC Treaty”, em B. HAWK Edt. *Antitrust and Trade policies in International Trade, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, Fordham Corporate Law Institute, 1984, pp. 515 a 519, e, ainda, GUYLAIN CLAMOUR, *Intérêt Général et Concurrence. Essai Sur la Pérennité du Droit Public en Économie De Marche*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 504 a 553.

⁷³ Esta Jurisprudência foi paradigmaticamente firmada no ac. *Poucet et Pistre*, de 17.02.1993, Proc. C-159/91 e 160/91.

⁷⁴ Dos plúrimos critérios casuisticamente apurados onde assenta a aproximação funcional do conceito de empresa às entidades públicas deriva, desde logo, o recurso ao denominado *método comparativo*. Este consistirá na apreciação da actividade que é em concreto desempenhada pela entidade pública em apreço, avaliando se a

Observe-se atentamente como o n.º 1 do art. 2.º do RJC espelha bem como o nosso legislador não fecha a porta à transversalidade que o conceito de empresa exhibe no Direito da Concorrência, porquanto consagrou que a mesma “*é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo*”⁷⁵.

Por outro lado, o n.º 1 do art. 4.º da mesma lei contempla que, por via de regra, “*as empresas públicas, as entidades públicas empresariais e as empresas às quais o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos encontram-se abrangidas pela presente lei (...)*”.

Porém, o legislador não deixou de fazer constar no n.º 2 do art. 4.º uma disposição especial, de sentido excludente, que incide sobre quaisquer empresas - públicas ou privadas - que se encontrem encarregadas *da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal*. Esta disposição pretende exceptuar a incidência das normas do Direito da Concorrência sempre que tal constitua um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi conferida⁷⁶.

mesma pode, igualmente (e ainda que em abstracto) ser exercida por uma, entidades de natureza privada seguindo uma lógica puramente concorrencial. O TJUE no ac. *Höfner e Elser*, de 23.04.1991, Proc. C- 41/90 pronunciou-se, por exemplo, no sentido de qualificar uma instituição de natureza pública como uma empresa por esta exercer uma actividade económica no sector do recrutamento de trabalhadores, uma vez que a mesma é “*susceptível de ser exercida, pelo menos em princípio, por uma empresa privada e com fim lucrativo*”. (cf. § 22). Por outro lado, fizemos oportunamente uma ressalva, “*ainda que em abstracto*”, visto que o método comparativo não prescinde de avaliar a actividade em si mesma, ignorando o contexto jurídico subjacente. Mais precisamente, no ac. agora citado, onde a propósito de um *organismo público de emprego*, que actuava como intermediário na colocação e no recrutamento de trabalhadores, o Tribunal admitiu que este organismo podia ser caracterizado como uma empresa, explicitando que, no âmbito do Direito da Concorrência “*a actividade de mediação de emprego é uma actividade económica*” e, por conseguinte, que “*o facto de as actividades de colocação nem sempre foram e não são necessariamente exercidas por entidades públicas*”, motivo pelo qual concluiu “*que uma entidade deste tipo pode ser considerada empresa para efeitos de aplicação das regras de concorrência comunitária*” (cf. § 23). Sendo assim, é inspirador observar que o TJUE chegou à conclusão que referimos não obstante existir uma proibição decorrente da própria legislação alemã relativamente ao exercício desta actividade por pessoas jurídicas privadas. Por outro lado, conforme consta no ac. *Ambulanz Glöckner*, de 25-10-2001, Proc. C-475/99 o TJUE recorreu novamente ao método comparativo para concluir que certas organizações de saúde ao fornecerem, mediante retribuição dos utilizadores, serviços, no mercado do transporte de urgência e do transporte de doentes, seriam empresas, na medida em que tais “*actividades não foram sempre nem são necessariamente exercidas por essas organizações ou autoridades públicas*” (cf. § 20).

⁷⁵ Veja-se, por exemplo, o controlo de uma fusão que envolveu a *Ana – Aeroportos de Portugal, S.A.*, Decisão da AdC no âmbito do Proc. Ccent. n.º 13/2006, de 07.07.2006.

⁷⁶ Cf. art. 4.º, n.ºs 1 e 2, do RJC. Embora as empresas públicas, entidades públicas empresariais e as empresas às quais o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos - encarregadas da gestão de um serviço de interesse geral ou de um monopólio legal - se encontrarem vinculadas à presente lei, não se poderá olvidar que, na satisfação de necessidades fundamentais da colectividade, parece ser essencial distinguir as actividades económicas de cariz industrial e comercial dos serviços de interesse económico geral e de funções de autoridade. Nestes últimos, o campo de aplicação do Direito da Concorrência é por diversas vezes subtraído como forma de aludir à especialidade e neutralidade para o mercado da actividade em apreço. A este propósito veja-se LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico...*, cit., pp. 522 a 524. Também JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercados e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, 2008, pp. 5 e ss. Na doutrina estrangeira é inevitável analisar as considerações de DORIAN GUINARD, *Réflexions sur la Construction d’une Notion Juridique: L’exemple de la Notion de Services d’intérêt Général*, Paris, L’Harmattan, 2012, pp. 14 e ss.

Admite-se, assim, que as obrigações de serviço público possam constituir limites ao funcionamento das regras de mercado. Por conseguinte, sempre que uma entidade (independentemente da sua natureza pública ou privada) tenha sido criada para satisfazer serviços de interesse económico geral⁷⁷ a aplicação das regras de concorrência fica, por imperativo legal, *condicionada*⁷⁸.

Não obstante a definição dos interesses gerais caber à esfera de soberania dos Estados, a qualificação de um serviço como de interesse económico geral pode ser aferida pela própria Comissão ou pelo TJUE. Como agora se verá, particularmente relevante neste domínio apresenta-se também a jurisprudência do TJUE.

Para MANUEL LOPES PORTO e JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “[c]om os acórdãos *Corbeau*⁷⁹ e *Almelo*⁸⁰, o Tribunal de Justiça procedeu a aproximação substancial à noção de SIEG, assente num conjunto de elementos comuns (v.g. universalidade, acessibilidade a preços abordáveis, continuidade, qualidade, defesa dos utentes), sem, todavia, se por em causa a responsabilidade estadual na definição dos SIEG”⁸¹.

À semelhança do que o TJUE já referiu a propósito desta matéria, a prova de que uma actividade faz parte das missões de interesse geral “*pode ser, então, corroborada pela sua inscrição na categoria de princípios constitucionais no Estado-membro considerado*”⁸².

Não pretendendo tomar posição acerca desta jurisprudência, enunciaremos então os dois critérios negativos que assumem a função excludente a que temos vindo a aludir: i) o exercício de autoridade pública; ii) o princípio da solidariedade ou de interesse geral.

⁷⁷ LUÍS S. CABRAL DE MONCADA ensina: “[s]erviço de interesse económico geral é aquele que implica o exercício de competências que incumbem ao Estado ou outras entes públicas como, por exemplo, a emissão de moeda, a gestão de portos ou aeroportos, os transportes públicos, etc...Claro está que esses serviços são prestados por empresas mas estas dispõem de competências de ordem pública para o desempenho das suas actividades. De facto, os direitos especiais e exclusivos podem compreender a delegação de poderes públicos”. Cf. *Direito Económico*..., cit., p. 523.

⁷⁸ Como fazem notar MANUEL LOPES PORTO e JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA “(...) na medida em que os princípios de subsidiariedade e da proporcionalidade têm de ser articulados, cumpre avaliar a proporcionalidade das restrições à concorrência mobilizadas nacionalmente em nome das missões de interesse geral, não podendo o preceito em análise (i.e. o n.º 2 do art. 4.º da LdC) da nova Lei da Concorrência deixar de ser lido à luz do direito da União relevante nesta matéria dos serviços públicos” Cf. *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*..., cit., p. 42.

⁷⁹ Cf. ac. do TJUE, de 19.05.1993, Proc. C-320/91.

⁸⁰ Cf. ac. do TJUE, de 27.04.1994, Proc. C- 393/92.

⁸¹ MANUEL LOPES PORTO e JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*..., cit., pp. 42 e 43.

⁸² Vide o ac. *Diego Cali & Figli* de 18.03.1997, Proc. C-343/95 (cf. § 22 e 23). Pode também reter-se que o TJUE tem autonomizado as medidas estatais de natureza regulatória das actividades comerciais hipoteticamente desempenhadas por entidades públicas com base critérios de natureza material, administrativo ou funcional. Genericamente, todas as manifestações do exercício de autoridade pública que visem regular o mercado, mas não participar nele, estarão, então, excluídas do âmbito de aplicação do Direito da Concorrência. Neste sentido, ver o ac. *Meca-Medina*, de 18.07.2006, C-519/04 (cf. § 22 e ss.).

Do que resulta da aplicabilidade destes dois critérios, é de salientar que não por acaso o TJUE tem entendido que quanto ao primeiro ficam excluídas da categoria de actividade económica todas as outras actuações que se assemelhem à prossecução do que tem sido denominado por *funções típicas do Estado*⁸³.

O Tribunal tem considerado que o conceito *supra* referido comporta o exercício de funções de interesse geral que incluem a detenção – por parte das entidades em apreço - de prerrogativas do poder público, ligadas, a título de exemplo, à defesa da segurança aérea⁸⁴, à protecção ambiental⁸⁵ e, portanto, manifestamente afastadas do âmbito de aplicação do Direito da Concorrência.

Igualmente rica é a jurisprudência desta instituição comunitária a propósito da aplicação do segundo critério enunciado. Destarte, a presença do *princípio de solidariedade ou de interesse geral* apela a que a actividade desenvolvida pela entidade pública se realiza de forma isolada relativamente ao mercado, razão pela qual não existe qualquer relação económica directa (em termos de valor) gerada por esta⁸⁶.

Contudo, refira-se que a mera prossecução de objectivos sociais não é per si suficiente para afastar a classificação de uma actividade como económica. Importa indagar, caso a caso, se a actividade em apreço é exercida tendo em conta a aplicação do princípio da solidariedade

⁸³ Veja-se, exemplificadamente, o ac. *SAT fluggesellschaft*, de 19.01.1994, Proc. C-343/92. Neste caso, o Tribunal, para apreciar se as actividades da *Eurocontrol* - à qual tinha sido, designadamente confiada a organização comum dos serviços de navegação aérea no igual espaço dos países contratantes - constituíam actividades abrangidas pelo campo de aplicação dos arts. 86.º e 90.º do Tratado, depois de proceder à análise da natureza, do objecto e das regras que regiam as actividades do organismo em causa (cobrança, aos utentes de taxas pela prestação de serviços de navegação, por conta das partes contratantes e de terceiros Estados que são partes contratantes nesse acordo), concluiu que não se tratam de uma empresa para efeitos dos arts em questão. Deste modo, o Tribunal entendeu que “*consideradas na sua globalidade, as actividades da Eurocontrol, pela sua natureza, pelo seu objecto e pelas regras às quais estão sujeitas, estão ligadas ao exercício de prerrogativas, relativas ao controlo e ao policiamento do espaço aéreo, que são tipicamente prerrogativas de poder público. Não têm um carácter económico que justifique a aplicação das regras de concorrência do Tratado*”. (cf. § 28 e 30). Na jurisprudência comunitária, este critério surge igualmente no ac. *Bodson*, de 4.05.1988, Proc. C-30/87 e no Ac. *Banchero*, de 23.03.1995, Proc. C-387/93 e ainda no ac. *Porto di Genova II*, de 18.03.1997, Proc. C-343/95.

⁸⁴ Cf. o ac. *SAT fluggesellschaft* referido nossa nota anterior.

⁸⁵ Tanto assim que, segundo a jurisprudência do TJUE firmada no caso ac. *Porto di Genova II*, de 18.03.1997, Proc. C-343/95, “[a] *vigilância antipoluição que o SEPG tem por missão garantir no porto petrolífero de Génova constitui uma missão de interesse geral que se enquadra, em funções essenciais do Estado em matéria de protecção do ambiente no domínio marítimo. Ora, esta actividade de vigilância, pela sua natureza, pelo seu objecto e pelo regime a que está sujeita, liga-se ao exercício de prerrogativas de protecção do ambiente que são tipicamente prerrogativas do poder público. Não tem natureza económica*” (cf. § 24 e 25). Neste sentido, a cobrança de taxa devida pela vigilância preventiva antipoluição num porto petrolífero de um estado-membro, embora confinada pelos poderes públicos a uma entidade de Direito privado, não cabe no âmbito de aplicação do art. 86.º do TCE, ainda que os utentes estivessem obrigados a pagar a mesma taxa para financiar essa actividade.

⁸⁶ Tal parece estar em consonância com a jurisprudência do TJUE no ac. *AOK Bundesverband*, de 16.03.2004, Proc. C- 264/01, onde o Tribunal entendeu que uma quantidade limitada de concorrência (“certa concorrência”) não tinha como consequência directa a aplicação das regras do Direito da Concorrência (cf. § 56). No entanto, ficou por definir a “quantidade” de concorrência necessária para que as regras da concorrência se apliquem automaticamente, bem como o que verdadeiramente se entende por “solidariedade predominante”.

ou se a prestação da função administrativa em apreço foge, claramente, à lógica e funcionamento do mercado⁸⁷.

Tudo visto, para MARKUS KRAJEWSKI e MARTIN FARLEY⁸⁸, esta estratégia conceptual seguida pelo TJUE para delimitar o conceito “actividade económica” tem, desde logo, duas consequências: por um lado permite aos Tribunais europeus uma abordagem flexível em casos futuros; por outro, introduz inevitavelmente alguma ambiguidade no conceito de “actividade económica”, fulcral para a definição da aplicabilidade do Direito da Concorrência. Consequentemente, os prestadores de serviços públicos ficarão colocados numa posição difícil quanto aos termos sob os quais providenciam tais serviços, bem como se estão ou não sujeitos ao Direito da Concorrência. Nesse contexto, bem se percebe que a doutrina muito tenha reclamado que o TJUE densificasse as suas conclusões relativamente a estes conceitos⁸⁹.

Parece, então, que o primeiro passo será o de sondar se a actividade exercida pelas entidades adjudicantes previstas no CCP ou o objecto do contrato público em apreço é ou não consentânea com a *actividade económica que se traduza na oferta de bens e serviços no mercado*⁹⁰, pois só a partir daí é que se alvitra qualquer utilidade na incidência das normas do Direito da Concorrência.

Observe-se que essa qualificação permite, *a contrario*, igualmente delimitar o âmbito de exclusão das normas de concorrência neste contexto específico. Destarte, perante a ausência de uma actividade económica a entidade pública em apreço não revestirá natureza empresarial. Nesta sequência, o n.º 1 do art. 37.º do RJC não encontrará, aí, qualquer base de aplicabilidade.

⁸⁷ Esta ideia perpassa em toda a linha no ac. *Cisal*, de 22.01.2002, Proc. C-218/00, onde o TJUE, fazendo uma apreciação casuística do objectivo socialmente prosseguido pelos regimes de segurança social conjugado com o modelo de contribuições e quotizações de cariz obrigatório, pôs em destaque o facto de a actividade exercida ser “baseada no princípio da solidariedade nacional e desprovida de qualquer fim lucrativo” tendo, por conseguinte, rejeitado a existência de actividade económica naquele caso (cf. § 41 a 45). Para outros exemplos, veja-se o ac. *Albany*, de 11.09.1999, Proc. – C-67/96 e o ac. *Kattner Stahlbay*, de 5.03.2009, Proc. C.350/07.

⁸⁸ MARKUS KRAJEWSKI e MARTIN FARLEY, “Non-Economic Activities in Upstream and Downstream Markets and the scope of competition Law After *Fenin*”, em *ELR*, Vol. XXXII, n.º 1 (2007), p. 117, como J. W. VAN DE GRONDEN, “Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?”, *ECLR*, n.º 25 (2004), Vol. II, pp. 89 e 90.

⁸⁹ J. W. VAN DE GRONDEN, *Purchasing care ...*, cit., p. 92.

⁹⁰ A propósito do ac. do TJUE *FENIN*, Proc. C-205/03, o Advogado-Geral MIGUEL POIARES MADURO sustentou, a propósito do conceito comunitário de actividade económica, que “o que importa não é o simples facto de a actividade poder, teoricamente, ser exercida por operadores privados, mas o facto de a actividade ser exercida em condições de mercado. Estas caracterizam-se por um comportamento que aponta para um objectivo de capitalização, por oposição a um princípio de solidariedade. É o que permite determinar se existe ou não um mercado, mesmo que as disposições legais em vigor impeçam a emergência de uma concorrência real nesse mercado.” Veja-se o Caso T-319/99, *FENIN*, de 04.03.2003, confirmado em recurso no Proc. C-205/03 e as respectivas conclusões do Advogado-Geral.

Na verdade, a confluência entre o conceito de actividade económica de origem comunitária e a forma como o Direito Administrativo português olha para a contratação pública, não deve fazer esquecer que, fruto da multiplicidade de circunstâncias e pressupostos jurídicos envolvidos, o catálogo das entidades adjudicantes presentes nos n.ºs 1 e 2 do art. 2.º do CCP convocam questões que, por agora, nos parecem indecifráveis⁹¹.

Face a estes critérios haverá, então, que concluir – com segurança – que no exigente contexto das operações de concentração de empresas, resultantes da adjudicação de um contrato público, não existem respostas unívocas. Cabe-nos, enquanto intérpretes, deixar algumas pistas de reflexão sobre aquilo que se deverá tomar em consideração para saber se a actividade exercida pelas entidades adjudicantes ou potencialmente constante do objecto do contrato público que estas visam outorgar, se encontra (ou não) abrangida pela noção jus-concorrencial de empresa.

Pelo menos, a nosso ver, analisando, então, as várias entidades adjudicantes referidas nas alíneas a) a g) do n.º 1 do art. 2.º do CCP uma conclusão parece impor-se: o desenvolvimento de múltiplos objectivos de interesse público a que o Estado⁹², demais pessoas colectivas públicas pertencentes à Administração indirecta, bem como às Administrações Locais e Regionais, se encontram incumbidos de prosseguir⁹³, não deve constituir qualquer óbice à

⁹¹ Em particular, vejam-se os organismos de direito público, tal como previstos no n.º 2 do art. 2.º do CCP. De acordo com o texto da lei, as entidades aqui abrangidas não se poderão qualificar como empresas (na acepção jus-concorrencial), pois, além de não estarem expostas à lógica de mercado, não exercem actividades económicas. Cf. Ac. do TJUE *Mannesmann*, de 15.01.1998, Proc. C- 44/96 (cf. § 50 a 56). Interessante também é que o TJUE afirmou, no § 25 do ac. *Mannesmann*, ser indiferente que o organismo de direito público tenha a liberdade para o exercício de outras actividades, sendo certo que tal liberdade não impediria que o mesmo tivesse sido criado para a satisfação de necessidades sem interesse industrial ou comercial, nem tão-pouco teria qualquer relevância no que toca sua qualificação enquanto organismo de direito público e, conseqüente, manutenção da sua subordinação ao regime jurídico da contratação pública. Com efeito, pense-se, por exemplo, na circunstância destes organismos de direito público desencadearem um procedimento pré-contratual que vise satisfazer, então, uma necessidade que assuma *carácter industrial ou comercial* e que igualmente lhe compita. Aí, pensamos, poderá haver espaço para a aplicação da doutrina da actividade económica e, bem assim, como a possibilidade de nos depararmos com uma operação de concentração de empresas no contexto da contratação pública. Mesmo que assim não se entenda, e num outro contexto, se nos ativermos no *mercado dos concursos públicos para a adjudicação da exploração de uma actividade em regime de concessão*, os procedimentos pré-contratuais desencadeados por estes organismos de direito público regressam, de qualquer forma, à órbita das operações de concentração. Nesse mercado, as entidades adjudicantes não necessitam de exercer uma *actividade de oferta de bens e serviços no mercado*, constituindo apenas a “procura” dos mesmos mercados e, por isso, a natureza da actividade prosseguida por estas entidades não assume qualquer relevância. Ver o nosso capítulo n.º 5.

⁹² Para um desenvolvimento exaustivo a propósito dos órgãos e entidades administrativas dotadas de personalidade jurídica que as alíneas a), b), c), d), e) e f) do n.º 1 do art. 2.º do CCP se referem, ver RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo ...”, *cit.*, pp. 1 a 30 e GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos, Âmbito da sua Aplicação*, Almedina, 2008, pp. 35 e ss. e bibliografia aí citada. Também a propósito das formas organizativas que a Administração pública pode apresentar veja-se, paradigmaticamente, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 3ª ed., Almedina, 2007, pp. 226 e ss.

⁹³ Refira-se que tomamos aqui como ponto de partida a actuação levada a cabo por qualquer um destes *entes* públicos através dos seus próprios organismos (e, portanto, de modo directo e sob direcção e controlo da

realização de um teste de conformidade entre a respectiva actuação com *a oferta de bens ou serviços no mercado*, à semelhança do que vem sendo feito pelo TJUE.

Tendo por base aquilo que se deixou exposto a propósito da jurisprudência do TJUE, e mesmo no que toca às tradicionais pessoas colectivas de Direito Público, ainda que sirvam *interesses comuns de todos os membros da colectividade*, nada impede que as mesmas possam actuar de forma relevante para o funcionamento do mercado⁹⁴.

Tal ocorrerá desde que se prove que a actividade - ou partes da mesma que se encontram transpostas para o objecto do contrato público a outorgar - se destina ao desenvolvimento de operações similares às que são efectuadas pelas empresas privadas no quadro de uma actividade de *produção, transporte e troca*, sendo de admitir que, mesmo quando o seu fim não seja lucrativo e esteja associado à prossecução do interesse público, o seu objectivo é idêntico ou é conduzido por critérios de racionalidade semelhantes aos do sector privado ou, até, a actividade em si mesma é presumivelmente exercível por empresa do sector privado.

Como se sabe, a satisfação de necessidades de interesse geral, naquela que é a acepção do direito nacional, implica apenas a realização de um interesse que não é susceptível de se remeter à presença de necessidades próprias e exclusivas de uma determinada pessoa jurídica, e, por conseguinte, apresenta como elemento estruturante a existência de uma *dimensão colectiva pública* do serviço que é prestado a todos os membros da colectividade. No mesmo sentido da posição defendida por JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, nada aponta para que inexistam actividades levadas a cabo por parte de entidades pertencentes à Administração Pública que não coincidam com as que o TJUE identificou como sendo subsumíveis à *oferta de bens e serviços no mercado*⁹⁵.

Assim, na linha do que o Advogado-Geral COLOMER⁹⁶ advoga, também JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ postulam que o TJUE tem adoptado “*uma posição generosa sobre necessidades de interesse geral*”, e que as “ (...) *necessidades de interesse*

organização hierárquica da respectiva estrutura orgânica) ou a partir entidades públicas dotadas de personalidade jurídica própria e de autonomia administrativa ou financeira.

⁹⁴ Cf. o ac. do TJUE *Agora & Excelsior*, de 30.01.2001, Proc. C-223/99 e 260/99, onde o tribunal precisou a circunstância de, dentro das actividades de interesse geral, poderem distinguir-se as que tem uma natureza comercial ou industrial das que não tem uma natureza comercial ou industrial (cf. § 32). Entre nós, PEDRO COSTA GONÇALVES, aponta como exemplo do exercício de uma actividade económica a prestação de serviços públicos de abastecimento de água geridos directamente por municípios. Cf. “Concorrência e...”, *cit.*, p. 507.

⁹⁵ Cf. *Temas de Contratação Pública I*, Coimbra Editora, 2011, pp. 53 e 54. Tal sucederá, em princípio, sempre que o objecto subjacente à actividade (ou a partes da actividade) destes entes públicos coincida com o objecto comum a qualquer operador económico de mercado, porquanto “*não é a mera circunstância de se exercer uma actividade económica ou empresarial que afasta o respectivo interesse geral*”. Cf. *Ibidem*.

⁹⁶ Cf. Conclusões do Advogado-Geral RUIZ- JARABO COLOMER no ac. do TJUE *Wasser-Warn-Umwelt GmbH vs Fernwärme Wien GmbH*, de 10.04.2008, Proc. C-393/06.

geral até hoje enumeradas pelo Tribunal de Justiça constituem verdadeiramente operações materiais de exercício directo de uma actividade económica”.

À luz do que se afirmou, mas também por aplicação da doutrina do TJUE, parece ser absolutamente irrelevante apontar, nesta sede, diferenciações orgânicas ou institucionais, por forma a escusar a actividade executada pelas entidades adjudicantes (referidas no art. 2.º, n.º 1, do CCP) da respectiva avaliação jus-concorrencial⁹⁷.

Com efeito, a flexibilidade funcional que encerra o conceito de empresa obriga-nos a tentar perceber se a actividade que diz respeito ao objecto do contrato público é ou não equiparável a uma *oferta de bens e serviços no mercado*. Nessa hipótese, estaremos perante uma operação de concentração submersível à fiscalização por parte da AdC.

Do outro lado, encontramos as entidades adjudicantes previstas para efeitos dos sectores especiais⁹⁸. Observe-se, desde logo, como este regime é assumidamente marcado pela intenção de se aplicar a um leque mais alargado de entidades do que aquelas que estão abrangidas pela contratação pública nos sectores gerais ou clássicos.

Sendo certo que o legislador pretendeu trazer para a alçada da contratação pública entidades que actuam em mercados não inteiramente liberalizados e no seio das quais a Administração tem, directamente ou indirectamente, uma influência particular, a verdade é que a sua inclusão no espectro das entidades adjudicantes consagradas no CCP, torna essencial que nos pronunciemos sobre a sua eventual ligação às operações de concentração.

⁹⁷ O Tribunal de Justiça parte da premissa de que o tipo de personalidade jurídica ou mesmo a inexistência da mesma no *ente* em apreço não denega a eventual relevância para o mercado da actividade que esteja a ser considerada. Com efeito, o TJUE refuta que a avaliação concorrencial de uma actividade fique impossibilitada pelo facto de o Estado a exercer por si próprio ou por intermédio de uma entidade distinta (sobre a qual poderá exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante) ou, até, através de um órgão que faça parte da Administração Pública. No ac. *Diego Cali*, de 18.03.1997, Proc. C-343/95, o TJUE acentuou que “(...) *no que diz respeito à eventual aplicação das regras de concorrência do Tratado, ter-se-á que distinguir entre o caso de o Estado actuar no exercício da autoridade pública e o de exercer actividades económicas de natureza industrial ou comercial consistentes na oferta de bens ou de serviços no mercado. Para este efeito, não interessa saber se o Estado actua directamente através de um organismo que faz parte da administração pública ou através de uma entidade que investiu de direitos especiais ou exclusivos*” (cf. §17). Veja-se, igualmente, o ac. *Comissão/Itália*, de 16-06-1987, Proc. C- 118/85; ac. *Comissão/Alemanha*, de 11-07-1985, Proc. C-107/84 e, novamente, o ac. *Aéroports de Paris*, de 24-10-2002, Proc. C-82/01 (cf. § 30 a 33).

⁹⁸ Dos sectores especiais ocupou-se então a Directiva n.º 2004/17/CE, actualmente vigente e transposta pelo CCP. Da evolução do regime comunitário de contratação pública nos sectores especiais, resulta uma actuação de alargamento material progressivo e, com uma intensidade regulatória gradual, aproxima-os, ainda que limitadamente, das regras e princípios impostos às entidades adjudicantes que o sejam por força dos denominados sectores clássicos, agora regulados pelo CCP em transposição da Directiva n.º 2004/18/CE e que foram sempre o “primeiro alvo” da atenção do legislador comunitário. Em geral sobre a evolução dos sectores especiais na contratação pública, Cf. CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007, p. 570. Veja-se, ainda, RUI MEDEIROS, “Contratação Pública nos Sectores com Regime Especial, Água, Energia, Transportes e Telecomunicações”, em AAVV “La Contratación Pública en el Horizonte de la Integración Europea”, *V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, pp. 137 a 182.

Assim, o art. 7.º refere-se às “*entidades adjudicantes nos sectores da água, energia, transportes e serviços postais*” e inclui outras entidades que à luz do art. 2.º do CCP não pertenciam ao conceito de entidade adjudicante⁹⁹. Porém, este alargamento é feito de uma forma *sui generis*.

Por um lado, contrariamente ao que acontece no art. 2.º, estas entidades só são adjudicantes se ao *critério orgânico* (cf. art. 7.º do CCP) for cumulado um outro, de natureza funcional e que atente à *actividade concretamente* exercida por esse operador no mercado (cf. art. 9.º e 10.º do CCP). Por outro lado, e em conformidade com o art. 12.º do Código, a extensão do regime da contratação pública só ocorre quando as mesmas outorguem contratos que digam “*directa e principalmente respeito*” ao exercício dessa actividade.

Determinadas estas restrições, e sem prejuízo das hipóteses específicas que resulta no art.º 7, n.º 1, alíneas *b*) e *c*) vejamos qual a inovação que as entidades adjudicantes consagradas no art. 7.º, n.º 1, alínea *a*) representam para o objecto do nosso estudo.

O art. 7.º, n.º 1, alínea *a*), do CCP trata de pessoas colectivas não abrangidas pelo art. 2.º, ainda que criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, *com carácter industrial ou comercial*, que exerçam uma ou várias actividades no sectores elencadas no art. 9.º (não exceptuada pelo art. 10.º do CCP) e, em relação às quais qualquer uma das entidades adjudicantes referidas no art. 2.º possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante¹⁰⁰.

Sendo assim, faz-se justiça às reflexões de RUI MEDEIROS, que conclui sobre a alínea em causa que a mesma “*permite abarcar a generalidade das empresas públicas cuja actividade económica se submeta à lógica de mercado e à livre concorrência*”¹⁰¹. Deriva logicamente deste entendimento que o fim principal do art. 7.º, n.º 1, alínea *a*), do CCP foi o de sujeitar as “*empresas públicas*”¹⁰² – que actuem nos sectores especiais – ao regime jurídico do Direito da Contratação Pública¹⁰³.

⁹⁹ Efectivamente, e na perspectiva do CCP, o conjunto de normas decorrente dos sectores especiais só deve ser aplicada às entidades que não o sejam por via do art.º 2.º do CCP.

¹⁰⁰ Já quanto ao conceito “*influência dominante*”, relevante para a aplicação do art. 7º, n.º 1, alínea *a*), o mesmo aparece detalhado o art. 7º, n.º 2, do CCP.

¹⁰¹ Cf. RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo ...”, *cit.*, p. 28. O TJUE veio esclarecer no ac. *ARA-BFI*, 10.11.1998, Proc. C-360/96, que a circunstância de uma entidade desempenhar uma actividade de natureza industrial ou comercial se poderá aferir do grau de exposição da mesma à concorrência no mercado (cf. § 49).

¹⁰² Adoptamos aqui a noção de empresa pública constante do art. 3.º do DL n.º 588/99, de 17 de Dezembro.

¹⁰³ Por conseguinte, e no que toca ao pressuposto da influência dominante, acompanhamos a posição seguida por MARK KIRKBY que enaltece o facto de o mesmo vir ao encontro da definição de influência dominante para efeitos de qualificação de uma empresa como “*empresa pública*” acolhida no art. 3.º, n.º 1, do DL n.º 588/99, de 17 de Dezembro. MARK KIRKBY, “A Contratação Pública nos Sectores Especiais”, in PEDRO COSTA GONÇALVES (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010, pp. 42.

Assim, e ao contrário do que sucede com os sectores clássicos (em que não basta a qualificação de uma entidade como “*empresa pública*” para sujeitá-la às regras da contratação pública¹⁰⁴), parece nítido para o legislador que o facto de a actividade dos sectores especiais se desenvolver em mercados não suficientemente liberalizados, torna irrelevante a condição prevista na subalínea *i*) da alínea *a*) do n.º 2 do art. 2.º do CCP¹⁰⁵.

Pelo exposto, e com base nos critérios antes mencionados, o exercício de uma actividade com *carácter industrial ou comercial* no âmbito dos sectores especiais, constituirá, a nosso ver, uma *presunção ilidível* de que a actividade desempenhada consistirá numa *oferta de bens e serviços no mercado*.

Com efeito, e à semelhança do que fizemos referência no contexto dos sectores gerais, sempre que as entidades adjudicantes referidas no art. 7.º, n.º 1, alínea *a*) desencadeiem um procedimento pré-contratual, que tenha por base a outorga de um contrato que respeite ao exercício da respectiva actividade económica (*i.e.* consista na *oferta de bens e serviços no mercado*), apresenta-se como real possibilidade que o mesmo possa consubstanciar uma operação de concentração de empresas.

4.2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO OBJECTIVA: A NOÇÃO DE CONCENTRAÇÃO.

4.2.1. DIRECTRIZES GERAIS.

No patamar da Contratação Pública, a aplicação do regime atinente à fiscalização prévia de concentrações pressupõe que se questione se, do ponto de vista substantivo, a adjudicação de um contrato público corresponde ou não a uma concentração entre empresas¹⁰⁶.

O conceito de concentração¹⁰⁷, referido no art. 36.º, n.º 1 e 2, do RJC, consagra três categorias de operações: *i*) a fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes; *ii*) a aquisição por uma ou mais pessoas (que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa) ou por uma ou mais empresas do controlo, directo ou indirecto, total ou parcial, de uma ou de várias empresas ou, ainda de elementos do seu activo; e, por último, *iii*) a criação de uma empresa comum *de pleno exercício*, que desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma.

¹⁰⁴ Nos sectores clássicos é, sobretudo, necessário que esta desenvolva uma actividade de interesse geral “*com carácter não industrial ou não comercial*”.

¹⁰⁵ Também assim, MARK KIRKBY “A Contratação Pública...”, *cit.*, p. 41.

¹⁰⁶ Proémio do art. 36.º, n.º 1, do RJC.

¹⁰⁷ Para uma apreciação mais desenvolvida veja-se, na doutrina, por todos, CAROLINA CUNHA, em *Lei da Concorrência- Comentário Conimbricense...*, *cit.*, pp. 399 e ss. e bibliografia aí citada.

A concentração por aquisição de controlo é, pois, a segunda forma de concentração e, como veremos, certamente a hipótese mais comum no seio da contratação pública. Aqui, o ponto de partida essencial incidirá sobre um determinado negócio jurídico – subjacente a um procedimento pré-contratual – que configure uma *alteração da estrutura de controlo sobre uma actividade pública*, designadamente, através da sua transferência da esfera jurídica da entidade adjudicante para o adjudicatário¹⁰⁸.

4.2.2. DO OBJECTO DO CONTROLO.

Em regra, no domínio das operações de concentração a aquisição do controlo ocorre, efectivamente, pela aquisição de títulos representativos do capital social ou pela aquisição de elementos do activo de uma determinada empresa¹⁰⁹. Numa palavra: o objecto do controlo pode abranger não só a aquisição da totalidade ou partes do capital social de uma ou mais empresas, os activos da empresa, ou, até, apenas parte dos activos¹¹⁰ da entidade jurídica em apreço.

Ora, é precisamente no âmbito de procedimentos pré-contratuais relativos à adjudicação *do direito de exploração de uma actividade em regime de concessão de serviço público* que têm sido suscitadas indecisões quanto à qualificação destas operações como uma concentração de empresas¹¹¹. À luz do alargamento previsto no n.º 3, do art. 37.º, do RJC, quaisquer reticências que se viessem a apontar nesta matéria devem hoje ser substituídas pela certeza de que a resposta é afirmativa.

¹⁰⁸ A comunidade jurídica tem apontado que a aquisição de controlo sobre uma actividade se determina *mais por critérios qualitativos do que quantitativos*. É, por isso, ilustrativa a expressão de PENDER CHRISTENSEN / PHILIP OWEN / DAN SJÖLBOM, “*control can be exercised on a legal or de facto basis, and it can be direct or indirect*”. Cf. “Mergers”, in JONATHAN FAULL & ALI NIKPAY, *The EC Law...*, cit. p. 210. Também E. NAVARRO VARONA / A. FONT GALARZA / J. FOLGUERA CRESPO / J. BRIONES ALONSO, referem que controlo implica a necessidade uma alteração estrutural, temporalmente dotada de natureza permanente, devendo a actividade abrangida possuir autonomia jurídica e económica. Cf. *Merger Control in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 8

¹⁰⁹ A aquisição de activos consubstancia uma das formas paradigmáticas de alteração na estrutura dos mercados e, claro está, de concentração empresarial. Exemplo ilustrativo do que agora se disse sucedeu no âmbito da Decisão da AdC relativa ao Proc. Ccent. n.º 06/2008 *EDP/Activos EDIA (Pedrógão*Alqueva)*, de 25.06.2008. Estando em causa a questão de saber se por efeito de um contrato em que a EDIA – Empresa de Desenvolvimento e Infra-estruturas do Alqueva, S.A. (EDIA) atribuía, a título exclusivo, o controlo sobre os direitos de exploração da componente hidroeléctrica das infra-estruturas integrantes do sistema primário de fins múltiplos do Alqueva (constituído pelas barragens e centrais hidroeléctricas do Alqueva e Pedrógão), bem como a sub-concessão dos direitos de utilização privativa do domínio público hídrico associado à EDP – Gestão de Produção de Energia, S.A. (EDP), havia uma operação de concentração, tendo a AdC concluído que a resposta era positiva (cf. § 140). Tal conclusão impôs-se pela constatação de que aquela transacção *implicava uma reconfiguração da estrutura do mercado até então existente* (cf. § 133 a 141).

¹¹⁰ No Direito Comunitário, veja-se a Decisão da Comissão *Zürich/MMI*, de 2.04.1993, Proc. COMP/M.2857.

¹¹¹ Veja-se o texto da autoria de NUNO CUNHA RODRIGUES, exclusivamente subordinado a esta temática, em “A Adjudicação de Concessões...”, cit., pp. 47 a 68.

No entanto, para que do ponto de vista substantivo a *adjudicação do direito de exploração de uma actividade em regime de concessão de serviço público* seja equiparável a uma concentração de empresas, apresenta-se como necessário que o exercício dessa actividade seja feito, do ponto de vista jus-concorrencial, como *uma oferta de bens e serviços no mercado*. Contudo, nesse contexto, a obrigação de notificar previamente esta operação de concentração à AdC não se assume como um “facto natural”. Tal como se deixou exposto *supra*, esse dever nasce apenas (e só) se a operação de concentração resultante de procedimento para a formação de contrato público preencher algum dos critérios identificados nas alíneas *a)*, *b)*, *c)*, do n.º 1, do art. 37.º, do RJC.

Nesta sede, ocupar-nos-emos da qualificação de um contrato de concessão de serviço público como uma operação de concentração de empresas.

Em primeiro lugar, e não pretendendo desenvolver mais do que estritamente necessário a propósito dos meios de controlo no domínio das operações de concentração de empresas¹¹², importa, desde logo, pensar se a competência para a implementação e exploração de uma actividade de natureza pública – originariamente a cargo de uma entidade adjudicante – que, por efeito de um procedimento para a adjudicação de um contrato público, designadamente, de um contrato de concessão, é transferida para um operador privado, confere a este último, teleologicamente, um controlo de tipo exclusivo ou conjunto sobre essa mesma actividade¹¹³.

Sem prejuízo de considerações mais detalhadas que faremos a propósito dos contratos de concessão de serviço público, repare-se que a adaptação da doutrina e da lógica societária respeitante ao conceito e às modalidades de *controlo* no contexto dos contratos administrativos nos parece, desde logo, uma situação bastante intrincada.

Porém, tomando em consideração as várias formas de controlo que a Comissão¹¹⁴ tem defendido nesta sede, não seria desprovido de sentido começar por questionar se um contrato de concessão de serviço público, ao implicar, não só *uma significativa e efectiva transferência do risco para o concessionário*, como também a atribuição ao adjudicatário de amplos

¹¹² Ver, por todos, CAROLINA CUNHA, em *Lei da Concorrência- Comentário Conimbricense...*, cit., pp. 405 a 407.

¹¹³ Para MIGUEL MENDES PEREIRA, “[e]xistirá controlo conjunto se duas ou mais empresas ou pessoas dispuserem da possibilidade de exercer em conjunto uma influência determinante sobre uma outra empresa”. Ora, de forma diametralmente oposta ao que sucede com o controlo exclusivo – que confere a um accionista individual o poder de determinar as decisões estratégicas numa empresa – o controlo conjunto “*caracteriza-se pela possibilidade de gerar uma situação de impasse decorrente do poder de duas ou mais empresas-mãe rejeitarem reciprocamente as decisões estratégicas propostas*”. Cf. *Lei da Concorrência...*, cit., p. 191.

¹¹⁴ No que respeita a decisões da comissão nesta sede, ver as Decisões da Comissão: *Crédit Lyonnais/BFG Bank*, de 11.01.1993, Proc. IV/M.299; *BBVA/BNL*, de 20.08.2004, Proc. COMP/M.3537; Decisão *Maersk Data/Eurogate IT/ Global Transport Solutions JV*, de 12.03.2003, Proc. IV/M/272.

poderes de gestão e de autonomia decisória¹¹⁵, não poderia sugerir que o mesmo conseguiria, por si só, exercer uma influência determinante sobre a actividade pública em apreço. De seguida, de forma a corroborar este raciocínio, deve atender-se ao facto de que é jurisprudência firme do TJUE¹¹⁶ que estamos na presença de uma concessão de serviços quando o modo de remuneração acordado se prende com o direito do prestador (adjudicatário) explorar a sua própria prestação, o que implica que este assuma o risco relativo à exploração dos serviços em questão.

Por todas estas razões, poder-se-ia pensar que a detenção do poder de tomar as decisões comerciais estratégicas no seio da mesma actividade equivaleria a um controlo exclusivo¹¹⁷.

Mesmo assim, jamais se poderá olvidar que os contratos de concessão de serviço público podem ser, por força das disposições conjugadas do art. 1.º, n.º 1, alínea a), art. 3.º, n.º 1, alíneas a) e b)¹¹⁸ do art. 280.º n.º 1, bem como do art. 407.º, n.º 2, todos do CCP, contratos administrativos, e, nessa lógica, submetidos ao regime substantivo consagrado na Parte III do CCP.

Coerentemente, a outorga de um contrato administrativo faz emergir uma relação jurídica peculiar que se manifesta no primado do interesse público que o contrato visa satisfazer¹¹⁹. Nesse contexto, e verificadas determinadas condições¹²⁰, a Administração pode, nos termos da lei¹²¹, praticar actos administrativos¹²² respeitantes à sua execução, emitir ordens,

¹¹⁵ Cf. art. 413.º, alínea a), do CCP. A propósito, ver o JORGE ANDRADE DA SILVA *Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado*, 4ª ed., Almedina, 2013, p. 840 e bibliografia aí citada.

¹¹⁶ Sobre a noção de concessão de serviços, veja-se o ac. *Comissão/Itália*, de 18.07.2007, Proc. C-382/05 e o emblemático ac. *TelAustria* de 7.12.2000, Proc. C- 324/98, bem como o ac. *Parking Brixen*, de 13.10.2005, Proc. C-458/03.

¹¹⁷ A propósito dos riscos nos contratos de concessão de obras e serviços públicos, ver PEDRO MELO, *A Distribuição de Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, 2011, pp. 135 e ss.

¹¹⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA em “Apontamento sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, em *RCP*, n.º 2 (2011), CEDIPRE, pp. 6 e 7 ensina, com rigor, que nem todos os contratos públicos são contratos administrativos. Casos há em que um contrato “celebrado por uma entidade pública pode não ser um contrato administrativo e, no entanto, ser um contrato público”. Cf. “Apontamento...”, *cit.*, p. 6. De facto, e à luz da sistemática do CCP, a susceptibilidade de um mesmo contrato ser público e administrativo, carece de que o mesmo se submeta, por força da Parte II do CCP, a um regime pré-contratual público (e, portanto, que seja celebrado pelas entidades adjudicantes referidas no art. 2.º ou 7.º, do CCP), mas também que a sua execução se compadeça, por força das hipóteses previstas no artigo 1.º, n.º 6, do CCP, com a aplicação de normas substantivas de Direito Administrativo. Tal, à partida, só acontecerá se as entidades adjudicantes que celebrem o contrato forem, simultaneamente, qualificadas como contraentes públicos, por força do n.º 1 (alíneas a) ou b)) ou n.º 2 do art. 3.º do CCP.

¹¹⁹ Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, 1990, p. 118 e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O Acto Administrativo Contratual”, em *CJA*, n.º 63, CEJUR, pp. 3 e seg.

¹²⁰ A intencionalidade no exercício dos poderes de conformação contratual confunde-se com as imposições e supervenientes manifestações que o interesse público exige durante a execução contratual. Também assim, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos...*, *cit.*, p. 604.

¹²¹ Existem vários limites legais à execução dos poderes de conformação. Não nos competindo abordar essa temática vejam-se os arts: 303.º, n.º 2; 304.º, n.º 1 parte final; 313.º, n.º 1; e, ainda, 334.º, n.º 1 parte final, todos do CCP.

directivas ou instruções sobre o sentido das escolhas necessárias vários nos domínios das prestações contratuais, bem como unilateralmente impor alterações ao seu conteúdo obrigacional independentemente do cumprimento da outra parte. Este exercício de poderes de conformação contratual, previstos no art. 302.º do CCP e nas disposições seguintes, ilustram bem como “*ao celebrar o contrato, a Administração não deixou de ser detentora do poder público com base no qual o celebrou, de que não pode renunciar ou abdicar e cujo exercício a coloca em manifesta posição de superior desigualdade relativamente ao outro contratante*”¹²³.

Assim sendo, o exercício de qualquer tipo de poder de conformação por parte da Administração reconduz-se, *na praxis*, à atribuição de verdadeiras *prerrogativas de poder público*¹²⁴ ou de *cláusulas exorbitantes* em relação ao regime do Direito Privado, a saber, do poder de direcção e fiscalização na execução do contrato, do poder de alteração, do poder sancionatório e do poder de rescisão unilateral, os quais, independentemente de se tratar de poderes atribuídos por causa da função do contrato ou inerentes à natureza pública deste, incidirão sobre domínios da execução técnica, financeira e jurídica das várias prestações contratuais.

A conformação da relação contratual por parte da Administração, imposta por via de actos administrativos que declaram e definem as situações jurídicas dos sujeitos das relações jurídico-administrativas, permite questionar se o contraente público não deterá, afinal, também uma influência determinante sobre a actividade que é explorada pelo adjudicatário.

Portanto, em sede de contratos de concessão, o facto de o contraente privado deter uma autonomia de gestão e de decisão sobre a condução da actividade não deverá, pelo menos em tese, desprezar a amplitude e a determinabilidade desempenhada pelos poderes de conformação contratual na exacta conjuntura de subjugação decorrente do CCP^{125/126}.

¹²² Cf. art. 307.º, n.º 2, do CCP. Contudo é de salientar que os actos administrativos praticados neste contexto não são *executórios* mas tão-somente *executivos*, o que, como se refere no art. 309.º do CCP, é bastante diferente. Sobre o assunto ver MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos Administrativos e Poderes de Conformação do Contraente Público no Novo Código dos Contratos Públicos”, em CJA, n.º 66, CEJUR, pp. 11 e ss.

¹²³ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos* ..., cit., p. 604.

¹²⁴ A propósito, CARLA AMADO GOMES, “Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”, in PEDRO COSTA GONÇALVES (Org.), *Estudos de Contratação Pública*., Vol. I, Coimbra Editora, 2008, p. 526.

¹²⁵ Pela importância que assume neste caso, observe-se que, à luz do código, a qualificação, em regra, como actos administrativos de todos os actos que exprimam o exercício dos poderes que o código confere ao contraente público nos domínios de direcção, fiscalização da execução e aplicação de sanções, mostra como a influência do contraente público pode assumir proporções semelhantes às que derivam da titularidade de um controlo conjunto. No domínio puramente administrativo e a propósito da solução do CCP, veja-se a crítica apontada por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos Administrativos...”, cit., pp. 16 e ss.

Ponderando a multiplicidade de factores e argumentos, a verdade é que, pelo menos por ora, não podemos retirar conclusões claras nesta matéria sem tomar em linha de conta aquilo que já foi veiculado pela prática decisória da AdC¹²⁷. Embora ainda ao abrigo do CPA, mas igualmente a propósito do poderes de conformação, a AdC considerou que estes recaem sempre sobre comportamentos da concessionária, enquanto entidade prestadora de serviço público, nos termos em que se encontra adstrita e, portanto, devendo ser enquadrados nesse preciso contexto¹²⁸. Pelo contrário, e na opinião da AdC, o que releva para efeitos de controlo prévio de concentrações, bem como para apurar a modalidade de controlo criada por efeito de um contrato de concessão, é a aquisição de um direito de uso e fruição exclusiva sobre um activo com o consequente exercício de uma influência comercial dominante sobre uma actividade, por parte de um determinado *player* que integra o mercado. Por conseguinte, a avaliação jus-concorrencial incidirá sobre o eventual impacto negativo que resulte dessa operação de concentração para a reconfiguração da estrutura de mercado e para a concorrência efectiva que esse operador enfrente no(s) mercado(s) relevante(s), designadamente, se aquele cria ou reforça uma posição dominante¹²⁹.

¹²⁶ Seguro é que, para o Direito da Concorrência, o controlo conjunto se subsume às situações em que se torna necessário o acordo de dois ou mais accionistas para a adopção das principais decisões respeitantes à empresa controlada. Porém, porque partimos do Código dos Contratos Públicos, sabemos que o regime substantivo que vigora hoje em Portugal para os contratos administrativos não nos permite ignorar que a Administração conserva a possibilidade de exercer uma influência decisiva no rumo seguido pela actividade em apreço. Na verdade, também CAROLINA CUNHA destaca que o conceito de controlo conjunto no Direito da Concorrência não impõe que a influência detida pelo segundo accionista se converta num *exercício efectivo* sobre a actividade, mas apenas a *mera possibilidade de a exercer, pela titularidade de poderes idóneos*. Com efeito, parece-nos, de facto, discutível que a concentração por via da adjudicação do direito de exploração de uma actividade em regime de concessão se conforme melhor com a detenção de um controlo conjunto sobre a mesma. Para outros desenvolvimentos ver, *Controlo das...*, cit., p. 82.

¹²⁷ Antes da entrada em vigor do CCP, mas conservando perfeita actualidade, a AdC na Decisão no âmbito do Proc. Ccent. n.º 78/2007 *Galp/TGLS*, de 26.06.2008 considerou que a existência de prerrogativas de fiscalização, por parte da Administração do Porto de Sines e previstas na lei e Contrato de Concessão em nada prejudicavam o exercício das competências detidas pela autoridade em matéria de controlo prévio “(...) já que a fiscalização a que a concessionária ficará sujeita, no âmbito das suas obrigações, decorrentes da Lei e do Contrato de Concessão incidirá sobre a prevenção de comportamentos que, primordialmente, se afigurariam incompatíveis com o cumprimento das mesmas, à luz dos princípios e regras que a prestação de um serviço exige, enquanto meio para a prossecução de um interesse público” [cf. § 20 p. iv)].

¹²⁸ Decisão no âmbito do Proc. Ccent. n.º 78/2007 *Galp/TGLS*, de 26.06.2008, cf. § 20 p. vi).

¹²⁹ Decisão no âmbito do Proc. Ccent. n.º 78/2007 *Galp/TGLS*, de 26.06.2008, cf. § 20 p. vii). Conquanto nos pareça substancialmente distinta a intensidade dos poderes de conformação contratual que se encontravam presentes não só no CPA como no DL n.º 231/2006, de 24 de Novembro e aqueles que agora resultam do CCP, a verdade é que para o Direito da Concorrência a titularidade de prerrogativas de autoridade que influenciam e determinam o comportamento a seguir pelo concessionário, não parecem equivaler à detenção de um controlo conjunto sobre uma actividade. Tal sucede porque o exercício de tais poderes serve um propósito muito distinto da normal influência de gestão manifestada por um *controlo accionista* numa sociedade comercial. De facto, os poderes de conformação contratual existem enquanto um mero garante da prossecução do fim público também congregado ao contrato em apreço. Sem prejuízo de se poder pensar que a bitola dos actuais poderes de conformação contratual tornam esta aceção questionável, podendo-se mesmo sugerir uma mudança de paradigma, a verdade é que o art. 304.º, n.º 2, do CCP introduz um princípio que assume especial relevância. Por conseguinte, e ainda que propósito dos poderes de fiscalização e direcção, o legislador ressaltou que o seu

Se adoptarmos um entendimento teleologicamente comprometido com esta concepção e suprimirmos qualquer relevância às prerrogativas de interesse público que hoje se fazem constar no CCP, a adjudicação do contrato de concessão de serviço público acabará por levar a que se reconheça, apenas, a *transferência da titularidade de controlo sobre a actividade* a título exclusivo.

Como bem sintetiza MIGUEL MENDES PEREIRA¹³⁰, a relevância jus-concorrencial de uma mudança de controlo depende do seu carácter duradouro, uma vez que só nesse caso é que se dá uma alteração na estrutura do mercado. Todavia, o cariz duradouro não é sinónimo de irreversibilidade na titularidade de controlo sobre a actividade.

MIGUEL MENDES PEREIRA adverte que “*o facto de os acordos que sustentam uma operação terem um termo pré-definido não significa que a mudança de controlo por eles provocada não seja qualificável como uma concentração, desde que exista uma determinada estabilidade e os acordos sejam renováveis ou apresentem um período de vigência significativo*”¹³¹. Ora, a propósito das operações de concentração no panorama dos contratos de concessão de serviço público esta questão é naturalmente levantada, pois, em bom rigor, conquanto estes tipos de contratos gozem de um período de vigência significativo, os mesmos não deixam de se deparar, por respeito ao princípio da concorrência, com um termo pré-definido¹³². Assim, dada a indeterminação do vocábulo “*significativo*”, por um lado, e o cariz durável destes contratos por outro, parece-nos plausível que a mudança de controlo aqui em causa se qualifique como duradoura e, portanto, corresponda a uma concentração na óptica jus-concorrencial.

4.2.3. DOS ACTIVOS EM ESPECIAL.

Um dos problemas mais relevantes na aquisição de controlo sobre uma empresa ou sobre os activos dessa entidade diz respeito, como agora se expôs, às suas modalidades e à sua respectiva duração. Terminado esse excursus, parece-nos indispensável compreender como é que o Direito da Concorrência encara o conceito jurídico “*activo de uma empresa*”¹³³. NUNO

exercício se deve cingir ao estritamente necessário para a prossecução do interesse público, mas “*sem diminuir a autonomia técnica ou de gestão do co-contratante*”. Importa, por isso, realçar que a iniciativa do co-contratante ou a sua capacidade de gerir (sob o ponto de vista da estratégia comercial) a actividade em apreço encontra aqui uma base sustentável para que se defenda que o adjudicatário assume, na prática, um controlo exclusivo sobre a actividade em apreço.

¹³⁰ MIGUEL MENDES PEREIRA, *Lei da Concorrência*..., cit., p. 188.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Cf. art. 410.º, n.º 1, do CCP.

¹³³ Sintetizando bem os vários pressupostos matriciais da noção de activo, sugerindo ainda que as licenças e autorizações administrativas podem também cair no escopo da noção de activo e de actividade com

CUNHA RODRIGUES sintetiza que os activos, podendo não ser mais do que marcas ou licenças, “devem, porém, servir de base a uma actividade à qual possa ser imputado sem ambiguidade um determinado volume de negócios no mercado”¹³⁴.

Com base no que se disse, este autor entende que os activos referidos no art. 36.º, n.º 3, alínea b), do RJC devem acarretar a capacidade de desenvolver, por si só, uma actividade económica de forma estável e constituindo, eles próprios, uma unidade económica à qual pode ser atribuído um volume de negócios no mercado.

Também o § 26 da “Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de Competência – ao abrigo do Regulamento n.º 139/2004, do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas” “impõe que estamos perante uma concentração de empresas, se os elementos do activo constituírem o conjunto ou uma parte da empresa, ou seja, uma “*actividade com presença no mercado*”¹³⁵.

Com efeito, baseado na necessidade de ter presente o somatório de factores já referidos pela Comissão Europeia, NUNO CUNHA RODRIGUES¹³⁶ circunscreve o vocábulo “activo”, na conjuntura da contratação pública, aos bens corpóreos ou incorpóreos que lhes possam ser

representatividade no mercado, Cf. LUCIANO VASQUES, “La Nozione mínima di Impresa nell’ambito del Controllo delle Concentrazioni”, em MCR, n.º 2 (2011), pp. 279 a 281.

¹³⁴ NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação...”, cit. p. 50. Em sentido idêntico, E. NAVARRO VARONA / A. FONT GALARZA / J. FOLGUERA CRESPO / J. BRIONES ALONSO definem activo como sendo “*anything that can by itself constitute a line of activity (for example, a subsidiary, a division of an undertaking, in some cases brands and licenses, and so on), to which turnover on the market can be clearly attributed*”. Cf. Merger..., cit., p. 8.

¹³⁵ A “Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de Competência – ao abrigo do Regulamento n.º 139/2004, do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas” (disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao-consolidada-pt.pdf acedido em 15.06.2013), bem como a respectiva prática decisória da Comissão constituem importantes mecanismos de *soft law* em matéria de controlo de concentrações ao nível comunitário. Os dois instrumentos têm determinado que estamos face a uma concentração se os elementos do activo constituírem o conjunto ou uma parte de uma empresa, isto é, uma actividade com presença no mercado. Em qualquer caso, a Comunicação Consolidada da Comissão a propósito do RCC acrescenta ainda que “*os activos cedidos no caso de uma actividade industrial deveriam compreender as infra-estruturas de produção, os conhecimentos técnicos do produto (basta que os elementos do activo cedidos permitam o desenvolvimento dessas capacidades num futuro próximo) e, na ausência de acesso ao mercado, os meios necessários para o comprador desenvolver o acesso ao mercado a curto prazo (incluindo, nomeadamente, os contratos ou marcas existentes)*” (cf. § 26). Referindo alguns exemplos da prática decisória da Comissão sobre este entendimento, interessará observar, por exemplo, que a Comissão já considerou que a “*transferência da clientela de uma empresa*” pode cumprir estes critérios, se isso for suficiente para transferir actividades comerciais com um volume de negócios no mercado, cf. a Decisão ECS/IEH, Proc. COMP/M.2857, de 23.12.2002 ou a Decisão Vattenfall/Elsam and Energi E2 Assets, de 22.12.2005, Proc. COMP/M.3867, onde se concluiu que a compra de bens para produção de energia eólica se tratava de uma aquisição de activos uma vez que preenchiam os requisitos *supra* expostos.

¹³⁶ Cf. “A Adjudicação...”, cit., p. 51. O mesmo autor alicerça a sua opinião na prática decisória da AdC, referindo para o efeito a Decisão proferida no âmbito do Proc. Ccent. n.º 16/2006 Modelo/Continente/Macmoda/Tribo, de 30.05.2006. Com efeito, a AdC concluiu nesta sede que os bens em apreço não podiam ser considerados activos, pois “*não constituía uma realidade económica capaz de desenvolver uma actividade da qual se realize um qualquer volume de negócios*” (cf § 24). Embora nos pareça perfeitamente inteligível o sentido das palavras proferidas pela AdC, pensamos que a natureza especial da situação aqui em apreço não nos permite tirar as ilações necessárias sobre o conceito de activo a ser seguido no panorama da contratação pública

imputados, “sem obscuridade” e *de per si*, um volume de negócios no mercado no momento da notificação da operação.

Recuperando então o exemplo do contrato de concessão de serviço público, à luz desta doutrina, a concentração apenas se daria se a adjudicação do direito de exploração fosse equivalente, para efeitos de aplicação de controlo prévio, à aquisição de uma actividade *com autonomia imediata para criar volume de negócios no mercado*, i. e., nem todas as adjudicações de contratos de concessão de serviço público corresponderiam à adjudicação de activos face ao regime de controlo prévio de concentrações.

Se aderirmos a esta tese, é interessante observar que faz todo o sentido pensar numa diferenciação a propósito de dois tipos de adjudicações de contratos de concessão de serviço público: *i)* a adjudicação de concessões em que não existe qualquer activo tangível¹³⁷; e *ii)* a adjudicação de concessões em que já existe um activo tangível subjacente¹³⁸.

Para ilustrar o nosso estudo, bem como aquilo que agora dissemos com um exemplo prático, vejamos a Decisão da AdC no Processo Ccent n.º 78/2007 *Galp/TGLS*¹³⁹.

¹³⁷ NUNO CUNHA RODRIGUES, propõe também esta dissociação. Cf. “A Adjudicação...”, *cit.* p. 53. Em bom rigor, esta hipótese ilustra a situação em que, pela adjudicação o concessionário enfrentará um momento prévio à sua exploração e que se traduzirá na construção do bem subentendido na concessão ou, noutros casos, na edificação da estrutura indispensável ao seu desenvolvimento. Por exemplo, tal será o caso quando através da adjudicação de um contrato de concessão, o adjudicatário se veja obrigado a investir capitais para criar, por si, um espaço idóneo à satisfação de uma necessidade colectiva (v.g. fazer um hospital, instalar uma rede de distribuição e abastecimento de água) para, num segundo momento, começar a gerir, sob seu risco e responsabilidade, a actividade de serviço público em apreço. Estas também são designadas por PEDRO MELO como as *concessões de primeira geração*, cf. *A Distribuição...*, *cit.*, p. 54 e bibliografia aí citada.

¹³⁸ NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação...”, *cit.* p. 53. O autor não se refere directamente à expressão activo tangível, mas antes às concessões em que compete ao “*concessionário a construção do bem subjacente à concessão e a sua exploração* (v.g. *a construção de uma auto-estrada ou de um hospital*)”. *Ibidem*. Nestes casos pensamos nas hipóteses em que a adjudicação permitirá ao adjudicatário explorar e gerir imediatamente a actividade de serviço público em causa, sem que antes desse momento aquele se veja obrigado a despendar quaisquer recursos financeiros para a edificação da infra-estrutura ou da rede onde o serviço irá ser prestado. Novamente, na dicotomia seguida por PEDRO MELO, estas representam, pois, as *concessões de segunda geração*. Cf. *A Distribuição...*, *cit.*, p. 54.

¹³⁹ Decisão da AdC no Proc. Ccent. n.º 78/2007 *Galp/TGLS*, de 26.06.2008. À data, o exercício da actividade de operador portuário encontrava-se regulado pelo DL n.º 298/93, de 28 de Agosto, com as alterações introduzidas pelos DLs n.º 324/94, de 30 de Setembro e n.º 65/95, de 7 de Abril, que estabeleceram o regime jurídico da operação portuária, e definiram as respectivas condições de acesso e exercício. Assim, tais actividades de movimentação de cargas portuárias constituíram desde então um serviço, regra geral, prestado mediante concessão de serviço público a empresas de estiva. Atendendo ao impacto revogatório do DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, autores como PEDRO MELO e DIOGO DUARTE DE CAMPOS entendem que o regime jurídico do procedimento para a formação de contratos de concessão de serviço público de movimentação de cargas respeita à disciplina jurídica consagrada no Código dos Contratos Públicos. Cf. “As Concessões no Sector Portuário”, *O Direito*, Ano 143.º, 2011, Vol. II, Almedina, p. 440. Assim, os referidos autores afirmam que o procedimento pré-contratual a adoptar, pelas Autoridades Portuárias, tendo em vista a adjudicação de contratos daquela natureza, não pode ser mais o previsto no *regime jurídico das operações portuárias* (DL n.º 298/93, de 28 de Agosto e n.º 324/94, de 30 de Setembro), mas outrossim o do CCP. Cf. *Ibidem*. Com nítida influência desta doutrina, e, pelo menos a nosso ver, não só o exemplo mencionado conserva, total actualidade, por um lado, como, por outro lado, assumir-se-á como o exemplo proeminente das operações de concentração de empresas no Código dos Contratos Públicos, até que exista uma prática decisória reiterada da AdC nesta matéria.

Nos mesmos termos em que nos propusemos a analisar o problema, tome-se em consideração que a presente operação de concentração foi suscitada na sequência de um procedimento concursal público, ainda que, antes da entrada em vigor do CCP e do RJC.

Do ponto de vista substantivo, o caso evidenciava aquilo que oferecemos como exemplo da aplicação prática do que legislador veio positivar no RJC: casos em que a *adjudicação (por concurso público) de uma concessão de serviço público* poderá também corresponder a uma *operação de concentração de empresas*¹⁴⁰.

O concurso público em apreço foi instaurado ao abrigo do DL n.º 231/2006, de 24 de Novembro, o qual autorizou a Administração do Porto de Sines a conceder a uma terceira entidade, em regime de serviço público, e por um período máximo de 30 anos, “*o direito de exploração comercial da actividade de movimentação de cargas líquidas ou liquefeitas no Terminal de Granéis Líquidos do Porto de Sines e de gestão integrada de resíduos na área de jurisdição do Porto de Sines*”¹⁴¹.

Nesse contexto, foi notificada à AdC, nos termos dos arts. 9.º e 31.º da LdC (que hoje corresponde aos arts 36.º e 37.º do RJC), uma operação de concentração na qual a adjudicatária CLT – Companhia de Logística de Terminais Marítimos, S.A., iria adquirir o *controlo exclusivo*¹⁴² sobre a actividade de movimentação de cargas líquidas e liquefeitas, assim como previsto nas “*Bases Gerais da Concessão*”¹⁴³.

Em face de todo o exposto, a AdC, concluiu que operação em apreço consubstanciava uma operação de concentração que, verificados os critérios previstos no n.º 1 do art. 9.º da LdC, se encontrava sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo¹⁴⁴.

¹⁴⁰ À semelhança do que o n.º 2 do art. 37.º do RJC agora prevê, à data o fenómeno convocou então os dois regimes de protecção da concorrência: *i)* por um lado, o regime de adjudicação do contrato de concessão; *ii)* por outro lado, o regime de controlo de concentração de empresas. Também assim, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Controlo de...” *cit.*, p. 259, nota 38.

¹⁴¹ Cf. “*Bases Gerais da Concessão do Terminal de granéis líquidos do Porto de Sines*”, em anexo ao DL n.º 231/2006, de 24 de Novembro.

¹⁴² Cf. § 22 da Decisão da AdC no Proc. Ccent. n.º 78/2007 *Galp/TGLS*, de 26.06.2008.

¹⁴³ Nos termos da Base I, aquela concessão tinha por objecto principal o direito de exploração comercial, em regime de serviço público, da actividade de movimentação de cargas líquidas ou liquefeitas no terminal, incluindo o respectivo estabelecimento.

¹⁴⁴ Ora, uma vez que a exploração comercial do Terminal de Graneis Líquidos de Sines – até então assegurada pela Administração do Porto de Sines – passava a ficar a cargo da CLT, a AdC concluiu que “[n]este sentido, esta [leia-se, a notificante] adquirirá os direitos de uso e fruição sobre a totalidade e parte dos activos da empresa (Art. 8.º, n.º 3, alínea b) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), passando a exercer uma influência determinante sobre a actividade comercial daquele, configurando, em resultado disso, uma alteração de natureza estrutural e duradoura, susceptível de consubstanciar uma operação de concentração, nos termos e para os efeitos do art. 8.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, conjugada com a definição de controlo dada pelo n.º 3 alínea b) do mesmo artigo” (cf. § 23 Decisão da AdC no Proc. Ccent. n.º 78/2007 *Galp/TGLS*, de 26.06.2008).

A verdade é que a posição assumida pela AdC naquele caso se mostra, em toda a linha, coadunável com o entendimento defendido por LUCIANO VASQUES. No que toca à qualificação das *concessões de serviço público* como concentrações submetidas a notificação este autor considera: “[d]ovrebbe, pertanto, considerarsi soggetto ad obbligo di notifica l’acquisto di tutte le concessioni di attività riservate allo Stato, dato che la concessione nei fatti riserva al concessionario la facoltà di offrire servizi in via riservata, fattore che, pertanto, consente una attività protetta cui è ex se agevolmente riferibile un potenziale fatturato. Qualora la concessione è riferibile ad un bene pubblico, occorrerà valutare se quest’ultimo dispone di una autonoma vocazione produttiva cui sia potenzialmente riferibile un fatturato”¹⁴⁵.

No entanto, note-se que relativamente à natureza do activo aí em causa, parece ser de observar que o procedimento de fiscalização da concentração incidiu, realmente, sobre um *quid* que abrangia uma infra-estrutura pré-existente ao momento da notificação. Tratou-se, por conseguinte, de uma operação de concentração resultante da adjudicação de um contrato de concessão de *segunda geração*¹⁴⁶. De resto, partindo da doutrina de NUNO CUNHA RODRIGUES, ao tratar-se de uma concessão de *segunda geração* admite-se – sem quaisquer constrangimentos – que a mesma corresponda à adjudicação de um activo para efeitos do art. 36.º, n.º 3, alínea b), do RJC¹⁴⁷.

Porém, este autor vai mais longe e escreve que no paradigma dos contratos de concessão só haverá, verdadeiramente, a transferência de controlo sobre um activo se o contrato respeitar a uma concessão de *segunda geração*, porque só aí se identificam “*activos com capacidade de desenvolver, por si só, uma actividade económica traduzida numa unidade económica, prosseguida de forma estável, à qual pode ser atribuído um volume de negócios no mercado*”¹⁴⁸.

Como se verá, esta última opinião não colhe o nosso entendimento. Não aderimos ao pensamento de que os contratos de concessão de serviço público de *primeira geração* devam ser marginalizados da noção de activo, prevista no art. 36.º, n.º 3, alínea b) do RJC. Com efeito, interessa começar por dedicar breves linhas a algumas características distintivas do tipo contratual em apreço.

¹⁴⁵ LUCIANO VASQUES, “La Nozione...”, *cit.*, p. 287.

¹⁴⁶ Cf. nossa nota 138.

¹⁴⁷ NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação...”, *cit.*, p. 53.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

Repare-se que, à luz da orientação comunitária, a tónica a propósito do *direito de exploração dos serviços* se coloca justamente na transferência do risco de exploração para a órbita do concessionário¹⁴⁹.

Com efeito, e também à luz do CCP, as concessões são sempre actos constitutivos, *i.e.*, criam uma situação jurídica nova para o respectivo destinatário, amplamente configurada na doutrina¹⁵⁰ como um verdadeiro *direito* investido na esfera jurídica do concessionário por via da outorga do contrato.

Elemento igualmente comum a qualquer contrato de concessão diz respeito ao direito de o concessionário “*explorar, em regime de exclusivo, a obra pública ou o serviço público concedido*”, nos termos da alínea *a*) do art. 415.º do CCP.

Com efeito, na linha das considerações *infra* expendidas, a cláusula atributiva de um direito de exclusivo implica, na acepção clássica do conceito, que a entidade concessionária assuma uma posição jurídica activa, que se traduz na “*total exclusão da concorrência directa dentro de uma determinada circunscrição geográfica*”¹⁵¹.

Por essa via, esta mesma entidade torna-se detentora do direito de exploração em regime de *monopólio territorial*¹⁵² e *temporal*, porquanto o estado “*aliena*”, temporariamente, ainda que de forma temporalmente significativa, o direito de explorar determinado bem económico por sua conta e risco, não podendo permitir que terceiros explorem esse mesmo bem¹⁵³.

¹⁴⁹ Com efeito, atente-se à “*Comunicação interpretativa da Comissão Europeia sobre as concessões em Direito Comunitário*”, pp. 5-8. Sobre a noção de concessão de serviços no Direito Comunitário. Cf. ac. *Comissão/ Itália*, de 18.07.2007, Proc. C-382/05 e ac. *TelAustria*, de 7.12.2000, Proc. C-324/98. MARIA EDUARDA AZEVEDO menciona que “*nos termos da Comunicação, o risco de exploração assumido pelo concessionário afirmou-se como o critério distintivo determinante, prevendo-se a hipótese de o Estado suportar parcialmente o custo de exploração da concessão a fim de reduzir o preço a pagar pelo utilizador*” (Sublinhado nosso), Cf. *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, 2010, pp. 456 457. Para uma evolução sobre o conceito de concessão de serviço público, interessa ainda ver FERNANDA MAÇÃS, “A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos”, in PEDRO COSTA GONÇALVES (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, pp. 380 e ss.

¹⁵⁰ Por todos, ver JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos...*, cit., p. 832.

¹⁵¹ Palavras da autoria de LINO TORGAL e JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de Actividades Públicas e Direitos de Exclusivo”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2013, p. 542.

¹⁵² Convirá, em qualquer caso, fazer uma ressalva face ao que se disse agora. A atribuição de uma concessão de serviço público a título exclusivo a um operador económico não poderá por em causa que a construção do(s) mercado(s) relevante(s) deixe de a submeter *ao teste da substituíbilidade* do lado da procura e oferta. Ver o nosso capítulo n.º 5.

¹⁵³ Contudo, LINO TORGAL e JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES chamam a atenção para o facto de que esta expressão deve ser entendida de forma restritiva, uma vez que, como a prática há muito confirma, existem concessões de actividades públicas (*i.e.* actividades que a Administração tem legalmente de exercer ou que, com base na lei e em certos pressupostos de facto, poder ter de vir a exercer) em sectores não monopolizados ou reservados como sucede em sectores tão importantes como a radiodifusão, radiotelevisão, transportes terrestres urbanos. Cf. “Concessões de...”, cit., p. 543, bem como as nossas notas 194 e 195.

Em segundo lugar, o prazo pelo qual a exploração do serviço pode ser transferido para uma entidade privada não se deve fixar de forma arbitrária. A regra hoje prevista no n.º 1 do art. 410.º do CCP determina que a duração da exploração do serviço, no caso das concessões de *primeira geração*, deve ser a correspondente ao período de tempo necessário para amortizar e remunerar o capital investido pelo concessionário em normais condições de rentabilidade da exploração, e, no caso das concessões de *segunda geração*¹⁵⁴, deve corresponder ao decurso temporal que a Administração julgue adequado¹⁵⁵ que o concessionário deva ficar encarregado dessa gestão.

Por conseguinte, o prazo de vigência de um contrato de concessão de *primeira geração* incluirá, naturalmente, o período de tempo necessário à montagem do estabelecimento da concessão e, ainda, o tempo útil da sua exploração, para que o concessionário, em *condições normais de exploração*, liquide o capital investido e garanta um *plus*, isto é, seja remunerado pela prestação do serviço público em apreço¹⁵⁶.

Diga-se, coerentemente e sem prejuízo da faculdade de prorrogação, que o prazo de vigência deste contrato é fixado num momento temporalmente circunscrito, ou seja, aquando da conformação das peças do procedimento, *maxime*, do caderno de encargos.

Assim, resulta do raciocínio que temos vindo a realizar que a execução de um contrato de concessão de serviço público de *primeira geração* se reconduz a uma situação jurídica complexa. Esta, conquanto seja temporal e materialmente dissociável em duas fases – por um lado, a montagem e *edificação do estabelecimento da concessão* e, por outro, o efectivo *desenrolamento do serviço público hoc sensu em apreço* –, encontra-se jurídica e formalmente unida, desde a constituição, pelo mesmo negócio jurídico. Desta forma, a decisão de adjudicação e, consequente celebração deste contrato público, marcam os instantes temporais em que, respectivamente, se conclui e realiza a operação de concentração, por aquisição do controlo. Desta feita, e como adiante melhor se verá, teremos como plausível que se trate de uma operação sujeita a notificação nos termos gerais.

Ora, e ainda sem rebater as doutas palavras de NUNO CUNHA RODRIGUES, interessa, por outro lado, observar que o conceito circunscrito de activo que é proposto por este autor não deixa de coexistir no nosso ordenamento jurídico com outras definições, tecnicamente muito mais complexas e densificadas. Assim, esta poderá ser a típica situação em que nos

¹⁵⁴ No que toca à duração do contrato de concessão e respectivas prorrogações do mesmo, ver LINO TORGAL, “Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e de Serviços Públicos”, em *RCP*, n.º 1 (2011), CEDIPRE, pp. 219 a 270.

¹⁵⁵ A adequação, nestes casos, terá como bitola a protecção do princípio da concorrência.

¹⁵⁶ No mesmo sentido, LINO TORGAL, “Prorrogação...”, *cit.*, pp. 230 a 233.

deparamos com a necessidade de promover uma conceptualização rigorosa de um conceito para que este preserve a respectiva eficácia, enquanto garantia de uma aplicação coerente e teleologicamente correcta do Direito. Pois, como bem diz OLIVEIRA DE ASCENSÃO, “*nenhum preceito pode ser interpretado isoladamente do contexto. É natural que cada trecho (...) surja como um momento do desenrolar logicado de um plano, não se coloca casualmente dentro daquele conjunto*”¹⁵⁷.

Rompendo com as concepções tradicionais¹⁵⁸, um activo no domínio comercial-contabilístico há muito que é entendido pela FASB¹⁵⁹ como um *benefício económico futuro resultado de transacções ou eventos anteriores*.

Em Portugal foi aprovada pelo novo SISTEMA DE NORMALIZAÇÃO CONTABILÍSTICO (DL n.º 158/2009, de 13 de Julho e o Aviso n.º 15655/2009, de 7 de Setembro) a acepção de que “*activo é um recurso controlado por uma entidade como resultado de acontecimentos passados e do qual se espera que fluam benefícios económicos futuros para a entidade*”.

Sem entrar em aspectos técnicos e puramente concretizadores e substantificando o indispensável, INÊS TEIXEIRA¹⁶⁰ considera que os activos imobilizados intangíveis representam os bens ao serviço da actividade da empresa que não têm existência física (contrariamente aos activos imobilizados tangíveis ou corpóreos que abarcam os bens que sejam detidos para uso na produção ou fornecimento de outros bens ou serviços), mas cujo marco distintivo é, precisamente, a sua natureza físico-material¹⁶¹.

¹⁵⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral – uma perspectiva Luso-Brasileira*, 11ª ed., Almedina, 2001, p. 394.

¹⁵⁸ O conceito de activo deriva da distinção, despoletada por ADAM SMITH, entre os bens usados para assegurar a subsistência e os bens possuídos em quantidade superior àqueles que eram necessários para assegurar a subsistência e que por isso podiam ser usados para adquirir mercadoria para revenda ou para criar instrumentos de trabalho. Cf. ADAM SMITH, *A Riqueza das Nações*, Vol. I, 4ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 474. Dito isto, é inegável concluir que a evolução deste conceito permitiu interpretações tão diferentes como as de JERRY WEIGANDT / DONALD KIESO / PAUL KIMMEL, para quem activos eram recursos possuídos por uma empresa, coisas de valor utilizadas na prossecução das actividades da empresa, como a produção, consumo e troca, sendo que para este autor a sua característica típica era a capacidade de gerar serviços ou benefícios futuros às entidades que os utilizam (cf. *Financial Accounting*, 2nd Edition, IRFS Edition, JOHN WILEY, New York, p. 12). Outra interpretação a atentar, será a de JEAN LOCHARD que define activo como valor do conjunto de bens (stocks, disponibilidades), dos meios (imobilizáveis corpóreas e financeiras) e dos direitos (créditos, imobilizações incorpóreas) possuídos por uma empresa, valor esse determinado numa data precisa, a do inventário. Cf. *Iniciação à Contabilidade Geral: as técnicas contabilísticas*, Lisboa, Ediprisma, 1990, pp. 4 e 5.

¹⁵⁹ O FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD é uma organização originária dos EUA, sem fins lucrativos, criada em 1973 para padronizar os procedimentos da contabilidade financeira de empresas privadas e não-governamentais. Essas normas são oficialmente reconhecidas. O FASB tem por objectivo padronizar a economia e as decisões tomadas pelas empresas, trazendo maior clareza nas informações divulgadas no âmbito contabilístico e fiscal. Sobre o FASB, ver <http://www.fasb.org/home> e em especial sobre as actas das reuniões e decisões desta organização, consulte-se <http://www.fasb.org/jsp/FASB/Page/SectionPage&cid=1218220079432>

¹⁶⁰ Cf. “O Conceito de Activo no Código das Sociedades Comerciais”, em *RdF*, n.º 29 (2011), Coimbra Editora, p. 73.

¹⁶¹ No mesmo sentido, INÊS TEIXEIRA, “O Conceito de...”, *cit.*, pp. 78 a 79.

Pode assim dizer-se que, numa economia moderna, os activos intangíveis constituem os grandes criadores de valor e de vantagens competitivas das empresas, encontrando-se intimamente relacionados com o domínio do conhecimento de tecnológicas ou com o exercício exclusivo de actividades. Face às suas particulares características (elevado grau de incerteza na sua capacidade geradora de benefícios, difícil valorização financeira e inexistência de presença física), os activos intangíveis conservam-se, ainda hoje, para a doutrina, como um catálogo exemplificativo e aberto, sem que seja possível balizar, categoricamente o que patenteia ou não um activo desta espécie¹⁶².

Como bem sintetiza INÊS TEIXEIRA¹⁶³, um investimento só é reconhecido como activo intangível, do ponto de vista contabilístico, “*quando satisfaça os critérios de identificabilidade, controlo sobre um recurso e existência de benefícios económicos futuros*”. Em todo o caso, a presença de benefícios económicos futuros, depende a constatação de que a entidade titular do controlo exclusivo do mesmo seja capaz de “*auferir créditos da venda de produtos ou serviços (...) resultantes do uso do activo pela entidade*”¹⁶⁴.

Ora, aqui chegados, postulamos que caso um investimento que satisfaça estes três critérios, cumulativamente: i) identificabilidade¹⁶⁵; ii) controlo sobre um recurso¹⁶⁶; e iii) existência de benefícios económicos futuros – deverá ser reconhecido como um activo intangível em Portugal.

Após a enunciação meramente descritiva do pano de fundo em que está subjacente à execução dos contratos de concessão de serviço público e feita uma exposição sucinta do quadro emaranhado em que se posiciona o conceito tecnicamente relevante de activo entre nós, haverá, assim, que começar por concluir que a nossa discórdia relativamente à opinião de NUNO CUNHA RODRIGUES se baseia na susceptibilidade de se qualificarem as concessões de serviço público *de primeira geração* como activos intangíveis, através da presunção prevista na alínea *b*) do n.º 3 do art. 36.º do RJC.

Tendo-se demonstrado que, na óptica fiscal, o conceito de activo intangível se poderá apurar através dos três requisitos enunciados, não duvidamos de que os mesmos se identificam com a natureza dos contratos de concessão de serviço público de *primeira*

¹⁶² Veja-se os exemplos fornecidos por INÊS TEIXEIRA: as patentes, direitos de autor, marcas firmas, filmes, listas de clientes, quotas de importação, franchises, quota de mercado dispêndios com publicidade, formação, arranque, e actividades de desenvolvimento ou, até, *know-how*. INÊS TEIXEIRA, “O Conceito de...”, *cit.*, p. 80.

¹⁶³ Cf. INÊS TEIXEIRA, “O Conceito de...”, *cit.*, p. 80.

¹⁶⁴ INÊS TEIXEIRA, *Ibidem*.

¹⁶⁵ O requisito de identificabilidade é constatável pela hipótese de dissociação desse recurso da entidade que o detém por via de uma alienação ou por via de um qualquer outro direito contratual ou legal.

¹⁶⁶ Encontra-se verificado o requisito de controlo quando exista um princípio de exclusão que permita à empresa titular afastar o acesso de outros agentes aos benefícios que decorrem da exploração desse activo.

geração. De facto, e como antes se referiu, o momento da adjudicação e subsequente outorga de um contrato de concessão marca, juridicamente, o instante em que o adjudicatário adquire o controlo, a título exclusivo, sobre uma actividade identificada no objecto desse contrato e que, num horizonte temporalmente confinado¹⁶⁷, gerará *benefícios económicos para a empresa*, aqui representados pela exploração e remuneração da actividade pública em apreço¹⁶⁸.

Dito isto, o obstáculo que provavelmente iríamos enfrentar prender-se-ia com a eventual rejeição por parte do Direito da Concorrência de um activo intangível com estas características – mormente, por aqui, o acento tónico ser colocado na “*susceptibilidade de produção de benefícios económicos futuros*”, e sem que se atribua uma importância categórica à possibilidade daquele gerar, primitivamente e com carácter incontestável, um volume de negócios no mercado.

De resto, reiterando, não deixa de ser significativo que seja neste axioma firmado pelas instâncias comunitárias que NUNO CUNHA RODRIGUES tenha decidido fundamentar a irrelevância dos activos intangíveis em sede do controlo das operações de concentração resultantes de procedimento para a formação de contrato público¹⁶⁹.

Todavia, e consabidamente, desde os seus primórdios que a ordem jurídica comunitária prefere abdicar do rigor técnico-jurídico e da precisão dos conceitos e das fórmulas que utiliza, na regulação levada a cabo pelo Direito Comunitário primário e derivado. Pretendemos exprimir a mesma ideia que JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, ao afirmarem que “*(...) quando se depara com a escolha entre a adopção de conceitos ou fórmulas rigorosas, exactas e precisas e conceitos ou fórmulas mais abrangentes, expansivas e programáticas, o legislador comunitário (e também o Tribunal de Justiça) não raras vezes opta por esta segunda hipótese, preferindo conceitos funcionais em*

¹⁶⁷ Merece especial destaque a referência à previsibilidade de um momento em que o adjudicatário pára de investir e inicia o ciclo inverso, ou seja, retira o proveito económico da exploração da actividade, pois, se não for assim, o momento da edificação do activo não poderá representar uma fase instrumental à sua exploração, mas meramente uma “despesa de operação”. Para uma clarificação destes conceitos, vide INÊS TEIXEIRA, “O Conceito de...”, p. 82. Também a Comunicação Consolidada da Comissão, a propósito do RCC, estatui, embora num outro domínio que nos parece apesar de tudo análogo, que se a actividade em apreço deva compreender infra-estruturas a concomitante qualificação dependerá do “*que os elementos permitam o desenvolvimento dessas capacidades [dessa actividade], num futuro próximo*” (cf. § 22).

¹⁶⁸ Como antes se disse, a atribuição do direito de exploração de uma actividade em regime de concessão de serviço público, representa para a nossa doutrina e para a AdC, a garantia de gestão exclusiva por parte de um operador privado de uma actividade perfeitamente delimitável, cujos efeitos concorrenciais são evidentes e, por conseguinte, impulsionadores da aplicação do procedimento de controlo de concentrações.

¹⁶⁹ NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação...”, *cit.*, p. 50.

vez de conceitos rigorosos e escolhendo uma linguagem pragmática em detrimento de uma linguagem tecnicamente correcta”¹⁷⁰.

Perpassa por aqui que a proposta interpretativa de NUNO CUNHA RODRIGUES acarreta, como consequência inevitável, que os operadores jurídicos se deparem, reiteradamente, não só com fórmulas jurídicas imperfeitas, mas também com um léxico dotado de uma considerável pobreza dogmática e de um sentido nem sempre esclarecedor e rigoroso¹⁷¹.

Atendendo à formulação da alínea b) do n.º 3 do art. 36.º do RJC e intencionalidade subjacente da última parte do n.º 2 do art. 37.º do mesmo diploma, pensamos que, ao adoptar-se uma conceptualização excessivamente formalista e restritiva do vocábulo “activo”, acarretamos o inconveniente de não valorar o facto de o nosso ordenamento jurídico nos aprovisionar com outras formas determinativas desta noção jurídica e, por sinal, manifestamente mais adequadas ao impacto que a adjudicação de um contrato de concessão assume na estrutura(s) do(s) mercado(s) relevante(s)¹⁷².

Complementarmente, pensamos que o recurso a formulações vagas e indeterminadas, presentes na noção de activo apresentada, entre nós, por NUNO CUNHA RODRIGUES, não nos permite saber, com rigor, o que se pretende valorar, designadamente, por “*representação*” no mercado.

Assim, e longe de concepções restritivas, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, na linha do que a jurisprudência do TPIUE tem firmado, ensina que o momento em que deve apreciar a situação de controlo, para efeitos de concentração, se cinge “*às circunstâncias de facto e de direito existentes no momento da notificação dessa operação não devendo basear-se em elementos hipotéticos cujo alcance económico não possa ser avaliado no momento em que ocorre a decisão*”¹⁷³.

¹⁷⁰ Cf., *Temas de Contratação...*, cit. p. 161.

¹⁷¹ Também assim, JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Ibidem*.

¹⁷² Importa referir que a adjudicação e outorga do contrato de concessão representam o momento em que se despoleta a aquisição de um direito e de uma relação jurídica idêntica a um verdadeiro projecto de investimento no plano económico-financeiro. Neste sentido, ANTÓNIO MARTINS, “Sobre o Equilíbrio Financeiro das Concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Accionista: uma perspectiva económica”, em *RCP*, n.º 3 (2011), CEDIPRE, p. 6. Não nos parece uma discussão estéril evidenciar esta diferença entre o Direito Societário e a Contratação Pública no âmbito da determinação do conceito de activo. Como já se disse, contrariamente ao que se passa na lógica de funcionamento entre sujeitos privados – onde as operações de aquisição de controlo sobre empresas ou seus activos estão sujeitos a um circunstancialismo variado e cujos efeitos nefastos para a concorrência e o procedimento de controlo prévio pode ser chamado a intervir em distintos momentos –, o procedimento de contratação pública, e a adjudicação de um contrato de concessão de serviço público, reconduzem a avaliação jus-concorrencial, com manifesta rigidez, a um único momento (*i.e.* à fase de adjudicação do contrato).

¹⁷³ Cf. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “A Aquisição de...”, cit., p. 284. Em reforço da investigação, observe-se o ac. do TPIUE *Air France/Comissão*, no âmbito do Proc. T-2/93, onde o Tribunal considerou não implicar qualquer concentração a mera titularidade de um direito de opção de compra de parte do capital social de uma

Seguindo este raciocínio, o desencadeamento de um procedimento de controlo preventivo de concentração empresarial toma como pressuposto – apenas – *a análise de demonstrações economicamente computáveis no momento em que ocorre a decisão de concentração*. Isto é, não se diz que no momento da notificação da operação seja imprescindível que a aquisição de controlo se deva cingir às situações em que já se encontre implementado qualquer activo, com carácter físico, capaz de gerar um benefício económico. Aliás, o que parece decorrer daquele entendimento é que o procedimento de controlo poderá à partida ter lugar sempre que as circunstâncias de facto e de direito existentes no momento da notificação permitam *avaliar, de forma clara, o alcance económico* da operação de concentração. E a nosso ver, tal também bastará para que a concentração tenha uma representatividade no mercado¹⁷⁴. Em face disto, defendemos que este axioma deve ser interpretado como o princípio norteador do que se afere ou não como um activo no Direito da Concorrência. Em bom rigor, a interpretação que fazemos parece estar em manifesta concordância com aquilo que tem sido veiculado pelas instâncias jurisdicionais Europeias que, como de resto se sabe, exercem um papel vital no campo da interpretação e alcance do Direito Comunitário derivado.

Aqui chegados, parece-nos que no momento da outorga de um contrato de concessão de serviço público, ainda que de *primeira geração*, o início da exploração da actividade, bem como a eventual previsibilidade do impacto económico-concorrencial desta operação no mercado, se encontram directamente plasmados nos vários projectos, estudos de investimento¹⁷⁵ e peças do procedimento que antecedem a própria exploração da actividade¹⁷⁶.

empresa, quando as circunstâncias do caso concreto mostrem que só num cenário bastante hipotético e inverosímil é que tal direito irá ser exercido. Contrariamente, para MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES à luz prática decisória da Comissão, a titularidade do mesmo direito se for exercida “*num futuro próximo pela adquirente nos termos de um acordo juridicamente válido*” consubstancia, pois, uma operação de concentração. Cf. “A Aquisição de...”, *cit.*, p. 284 e Decisões da Comissão aí citadas.

¹⁷⁴ Analisando as actuais definições de empresa e de actividade económica à luz da prática decisória da comissão e da jurisprudência italiana, LUCIANO VASQUES afirma que “[i]n sintesi, qualunque bene aziendale materiale o immateriale, astrattamente idoneo a restringere la possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori a danno dei concorrenti e a vantaggio del soggetto acquirente, dovrebbe qualificarsi come parte di impresa” e, portanto, admite que em qualquer destes casos a operação deve ser reconduzida a uma operação de concentração. LUCIANO VASQUES, “La Nozione...”, *cit.*, p. 289.

¹⁷⁵ Cumpre ainda destacar que o megafenómeno das PPP se desenvolveu em paralelo com o recurso à operação complexa de financiamento de natureza inominada e atípica do *Project Finance*, por intermédio da qual, e na sequência da realização de uma exigente *due diligence* (técnica, financeira e jurídica), os sindicatos bancários aceitam financiar o desenvolvimento destas actividades sem recurso a garantias pelos promotores do projecto, no pressuposto de que a partir de um caso base e de vários mecanismos de isolamento de risco, o projecto gerará meios financeiros suficientes para assegurar, durante determinado período, a dívida contraída. A propósito do princípio de “auto-sustentabilidade” de um projecto financiado através do recurso ao *Project Finance*, ver, por todos, EDWARD YESCOMB, *Principles of Project Finance*, Academic Press, London, 2002, pp. 14 e ss.

¹⁷⁶ Entendimento, aliás, coadunável com a concepção de empresa (ou parte de empresa) que é defendida por LUCIANO VASQUES, “La Nozione...”, *cit.*, pp. 290 e 291.

Na verdade, é que este modelo contratual só se desenvolve com base em exigentes e fiáveis estudos técnico-financeiros, complexos processos de *due diligence* (onde se prevêem vários cenários de evolução da exploração, conjecturam as influências de diversas variáveis e consequentes cenários alternativos), além de prementes processos expropriatórios e outras relações jurídicas despoletadas exclusivamente para esse fim. Portanto, flui deste entendimento que, nestes casos, a atribuição do direito de exploração de uma actividade (em regime de exclusivo) poderá representar, igualmente, um activo incorpóreo na óptica comunitária¹⁷⁷. A respectiva passibilidade de gerar volume de negócios é temporalmente antecipável e, por outro lado, o impacto económico para o mercado resultante da mesma pode ser profunda e verdadeiramente avaliado, com base em critérios que, segundo ANTÓNIO MARTINS¹⁷⁸, serão estimativas fidedignas sobre a estrutura de mercado que daí resulta a breve trecho¹⁷⁹.

Dizer o contrário sugestionará que se queira considerar como irrelevante o caso em que o impacto económico de uma concentração, embora perfeitamente conjecturável e fiável, ainda que só materialmente alcançável por um operador no mercado, não assume, formalmente, a mesma representatividade no mercado. Portanto, a nosso ver, uma vez que da outorga de um contrato de concessão de *primeira geração* decorre, igualmente, uma *alteração na estrutura*

¹⁷⁷ Note-se que à semelhança do que se disse a propósito da noção interna de activo, também aqui a titularidade do direito de exploração de uma actividade em regime de exclusivo (atribuído por via da adjudicação e outorga de um contrato de concessão) representa a susceptibilidade de gerar um benefício económico futuro, ainda que computável no momento presente.

¹⁷⁸ Sem excluir o factor de imprevisibilidade inerente ao próprio risco que o Concessionário assume, ANTÓNIO MARTINS destaca que, no momento da realização de estudos de viabilidade, o variadíssimo leque de pressupostos que são importantes para o cálculo da rendibilidade do projecto permite antecipar, com elevado grau de verosimilhança, a evolução do cenário de exploração da actividade. Cf. “Sobre o Equilíbrio...”, *cit.*, pp. 5 a 8. Com efeito, como se afirma no Relatório da INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN) “os documentos preexistentes que foram preparados antes da operação de concentração estar a ser considerada são especialmente úteis. Os documentos preexistentes são valorizados pelas agências [de concorrência] pela oportunidade de ver como as partes agiam ou como viam a concorrência e os mercados antes de terem em mente a operação de concentração” (tradução da AdC). A propósito desta referência, veja-se a citação feita ao Relatório da 4th Annual ICN Conference, Bonn, realizado pela ICN, entre 5 e 8 de Junho de 2005, na Decisão da AdC no âmbito do Proc. Ccent. n.º 22/2005 *Via Oeste Brisa/Auto-Estradas Do Atlântico*, de 07.04.2006 (cf. § 64 e 65). A AdC, enquanto autoridade nacional da concorrência, membro da ICN, considerou-se, no âmbito da mesma Decisão, vinculada os princípios que se acabam de referir e, por conseguinte, o seu projecto de Decisão tomou por base a apreciação das conclusões dos estudos de impacto da operação no mercado apresentados pela notificante.

¹⁷⁹ A este propósito, sempre se dirá que a AdC já considerou que o critério relativo à quota de mercado se encontrava preenchido, com base em estimativas de quotas futuras – fornecidas pelo notificante –, calculadas de forma prospectiva, em termos de capacidade instalada dos activos em causa e, bem assim, atendendo à dimensão total do mercado relevante e respectivo impacto da operação. Tal ocorreu, não só na Decisão no âmbito do Proc. Ccent. n.º 18/2004 *Secil Britas/Carcubos* de 12.7.2004 (cf. § 12, 13, 16, 22 a 24), bem como na Decisão relativa ao Proc. Ccent. n.º 16/2005 *Enernova/Ortiga*Safra*, 11.11.2005 (cf. § 9 a 12). Por último, idêntica solução foi adoptada na Decisão da AdC no âmbito do Proc. Ccent. n.º 23/2010 *EDP/Greenvoug*a, onde o aproveitamento hidroeléctrico de Ribeiradio e de Ermida não se encontrava em funcionamento, estando, prevista no contrato de concessão, contudo, uma data para conclusão dos trabalhos de construção das infra-estruturas e instalação de equipamento bem como para a subsequente abertura à exploração (cf. § 45).

de controlo de uma actividade que afecta potencialmente a forma e a concorrência efectiva que o concessionário enfrenta ou enfrentará no mercado, seria profundamente incongruente excluir tal hipótese do âmbito de fiscalização da AdC.

Face às duas ordens de razão enunciadas, pensamos estar em condições de retirar conclusões de fundo. Assim, recusando qualquer pretensão descaracterizadora, mas apenas oferecendo uma interpretação extensiva do que se deve entender por activo, advogamos que a adjudicação do *direito exclusivo de exploração de uma actividade de oferta de bens e serviços no mercado em regime de concessão de serviço público* equivale à cedência de um activo incorpóreo, desde que este seja susceptível de ser avaliável e de representar a possibilidade computável de gerar um volume de negócios no mercado¹⁸⁰. Para tal, bastará tomar como adquirido que o contrato de concessão (*de primeira ou segunda geração*) está apetrechado de garantias de natureza administrativa¹⁸¹ e técnico-financeiras que estimam, com elevada plausibilidade, o momento de inauguro da actividade, assim como a respectiva capacitação para produzir um volume de negócios a curto prazo.

Ademais, não só este parece ser o entendimento que melhor se coaduna com a noção ambivalente que o ordenamento jurídico reconhece ao conceito “activo”, como só desta forma se garante uma interpretação conforme com aquilo que o TPIUE tem firmado sobre a noção e relevância jus-concorrencial do conceito “activo”.

Ao longo deste capítulo procurámos – numa lógica dedutiva – interpretar literal, teleológica e sistematicamente a norma prevista na alínea *b*) do n.º 3 do art. 36.º do RJC, e mais concretamente, considerar a eventual qualificação dos contratos de concessão como activos, no âmbito de concursos públicos relativos à adjudicação do direito de exploração em regime de serviço público.

Na sequência desta interpretação pudemos concluir que, sem prejuízo do mérito relativo à pioneira assunção deste conceito, o regime, quando aplicado à contratação pública, denota falhas mais ou menos evidentes, conseqüentes da (ainda) ausência de uma prática reiterada de

¹⁸⁰ LUCIANO VASQUES acrescenta que é com base neste entendimento que a atribuição de licenças ou autorizações por uma entidade pública, desde que implique o exercício de uma actividade com carácter duradouro no mercado, configuram operações relevantes para o paradigma das concentrações de empresas: “[s]tesse valutazioni valgono per altri titoli legittimanti (prescindendosi, dunque, dal nomen juris utilizzato), quali, ad esempio, le licenze a numero chiuso (farmacie, tabaccai, tassisti) e in genere tutti quei titoli la cui disponibilità è essenziale per entrare nel mercato e che i terzi non possano facilmente ottenere dalla pubblica amministrazione; a questi titoli legittimanti, infatti, riteniamo possa imputarsi quel fatturato futuro, che, in assenza del titolo, il soggetto acquirente non sarebbe in nessun caso in grado di realizzare” LUCIANO VASQUES, “La Nozione...”, *cit.*, p. 286. A propósito da natureza do direito de exclusivo subjacente ao contrato de concessão veja-se o que ficou atrás dito, *maxime*, nossa nota 153.

¹⁸¹ Pense-se, por exemplo, no poder de sequestrar (*cf.* art. 421.º do CCP) ou de resolver, a título sancionatório, o contrato de concessão (*cf.* art. 333.º do CCP).

decisão da AdC sobre a presente matéria¹⁸², por um lado, e da lógica do procedimento pré-contratual para a adjudicação de um contrato de concessão de serviços públicos de *primeira geração*, à luz do CCP, por outro.

Com efeito, apoiando-nos nas conclusões actuais da doutrina estrangeira e nacional, procurámos apresentar soluções concretas, cuja adopção, *de iure condendo*, poderá resultar na adequação do efeito preventivo, que é pretendido pelas operações de concentração, às várias formas de perturbação e criação de entraves significativos para a concorrência efectiva no mercado, resultantes da adjudicação e execução dos contratos públicos.

Não obstante se tratem de soluções arrojadas, parecem-nos necessárias, não só por esta matéria se tratar de um paradigma recente de actuação do Direito da Concorrência, mas sobretudo porque as mesmas não violam os limites legais e, simultaneamente, pugnam por uma maior efectivação do efeito antecipatório que preside ao procedimento de fiscalização das concentrações – não só relativamente aos perigos associados às operações de concentração na óptica do consumidor, mas principalmente nas alterações duradouras na(s) estrutura(s) do(s) mercado(s) público(s) relevante(s).

¹⁸² Numa recentíssima decisão da AdC no âmbito do Proc. Ccent n.º 3/2013 AdC EDP Renewables/ Activos Granvitangle, de 25.02.2013, em que estava em causa saber se a aquisição pela EDP Renewables, SGPS, S.A., do controlo exclusivo dos activos detidos pela Generg Novos Desenvolvimentos, S.A. (através da sociedade Granvitangle – Fotovoltaica Unipessoal, Lda e mediante a aquisição da totalidade do capital social desta sociedade.) constituía ou não uma operação de concentração, atendendo ao facto da sociedade adquirida ainda não prosseguir qualquer actividade representatividade no mercado, é curioso verificar a que conclusão chegou a AdC. Assim, *in casu*, estava a aquisição de uma empresa titular de uma licença para exploração de uma actividade no sector energético e, por conseguinte, cuja implementação do seu objecto social se encontrava pautado pela imposição de obrigações contratuais, legais e administrativas inerentes ao respectivo licenciamento. Sucede, porém, que, à data da transferência do controlo, a sociedade adquirida ainda se encontrava inoperante, isto é, ainda não tinha tido lugar a construção da central solar foto voltaica, o que tornava a exploração da mesma remetida para um momento futuro. Ora, a AdC, procurando adequar teleologicamente o conceito de “activo”, “actividade traduzido por uma “*presença no mercado*” e à qual pode ser imputada um “*volume de negócios*”, conjuntamente com as finalidade do próprio procedimento de controlo das operações de concentração, analisou os termos e as condições em que a actividade em apreço seria implementada no mercado, os lapsos temporais, a natureza das entidades envolvidas, bem como as consequências contratuais, legais e administrativas pelo seu incumprimento. Seguindo as orientações daí resultantes, a AdC concluiu, a final, que, nesse caso, se podia firmar – legitimamente – que com elevado grau de certeza o início da exploração (efectiva) da actividade em causa teria lugar num *curto e previsível momento no futuro* e, portanto, que materialmente a aquisição do controlo sobre aquela sociedade representava, desde logo, a aquisição de uma licença que (a breve trecho) implicaria a susceptibilidade de exercício de uma actividade económica com impacto concorrencial (*cf.* § 30 a 32). Por conseguinte, a AdC considerou que se tratava de uma verdadeira operação de concentração na acepção da alínea b) do n.º 1 do art. 36.º da RJC, conjugada com a alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo e, portanto, estava sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia por preencher a condição enunciada na alínea a) do n.º 1 do art. 37.º do mesmo diploma (*cf.* § 60 e 61).

5. A NOÇÃO DE MERCADO RELEVANTE: O PERFIL DUALISTA DOS CONTRATOS PÚBLICOS¹⁸³.

Como deixámos exposto no ponto anterior, num procedimento pré-contratual a adjudicação do direito de exploração de uma actividade em regime de concessão de serviço público pode equivaler à alienação de um activo de uma empresa, o que, articulado com o art. 36.º, n.º 3, alínea *b*), do RJC configura uma operação de concentração.

Aquilo que está na génese do controlo de concentrações diz respeito aos potenciais impactos de alterações estruturais da concorrência nos mercados. Porém, esse eventual impacto impõe que se defina, *ab initio*, o mercado de produto e o mercado geográfico relevante, ou seja, aqueles cuja estrutura pode (ou não) ser afectada por efeito da concentração¹⁸⁴. Com efeito, o principal objectivo da definição de mercado relevante consiste em identificar, de forma sistemática e geograficamente circunscrita, os condicionalismos concorrenciais que as empresas têm de enfrentar na execução da actividade, bem como os seus concorrentes efectivos, susceptíveis de condicionar o seu comportamento e de as impedir de actuar independentemente de uma pressão concorrencial.

Nesse contexto, a definição de mercado relevante no contexto do Direito da Contratação Pública não difere da operada relativamente a outros mercados. Alicerçado na Comunicação da Comissão Europeia¹⁸⁵, emitida em 1997, relativa à definição de mercado relevante, bem como no formulário de notificação anexo ao Regulamento n.º 60/2013, de 23.01.2013¹⁸⁶,

¹⁸³ Alertamos o leitor para o facto de as matérias tratadas nos capítulos n.ºs 4.1. e 4.2. deste trabalho partirem, precisamente, do prisma em que se desenrola o primeiro dos mercados relevantes apresentados. Diametralmente oposto ao segundo mercado identificado no presente capítulo deste trabalho, só no âmbito do *mercado de exploração de uma actividade em regime de concessão de serviço público* é que interessará tomar como premissa inicial o facto de a entidade adjudicante pretender outorgar com o adjudicatário um contrato de concessão de serviço público que, substantivamente, corresponda a uma cedência de activos entre duas empresas. Em todo o caso, as matérias que abordaremos nos capítulos seguintes (*i.e.* n.ºs 6, 7, 8) parecem-nos transversais às operações de concentração de empresas no CCP, razão pela qual o regime apresentado, além das conclusões aí expostas nos parecem pertinentes para qualquer um dos mercados relevantes abordados no presente capítulo.

¹⁸⁴ Na opinião de SOFIA OLIVEIRA PAIS, a definição de mercado relevante, tanto em função do seu produto, como em função da sua dimensão geográfica, não se revela uma tarefa fácil, “*dada a complexidade, nomeadamente económica, dos seus aspectos materiais, temporais e geográficos*” no ordenamento territorial português. Cf. *O Controlo de...*, cit., p. 70. Esta definição, embora discricionária, não pode ser puramente arbitrária. No Direito da União Europeia, esta é a doutrina do ac. do TJUE *Comissão/Tetra Laval II*, de 15.02.2005, Proc. C- 12/03. Sobre a noção de mercado relevante, MASSIMO MOTTA ensina que “[s]ince market definition is instrumental only to the assessment of market power, the relevant market should not be a set of products, which resemble each other on the basis of some characteristics, but rather the set of products (and geographical areas) that exercise some competitive constraint on each other”. Cf. *Competition...*, cit., p. 102.

¹⁸⁵ Cf. “Comunicação da Comissão Europeia relativa à definição de mercado relevante para efeitos do Direito Comunitário da Concorrência” (disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/ Comunicacao_definicao_mercado_relevante_1997.pdf e acedido em 05.06.2013)

¹⁸⁶ Cf. Regulamento n.º 60/2013, de 23.01.2013, da AdC.

importa, desde logo, fazer a destrição entre o “mercado do produto/serviço” e o “mercado geográfico”¹⁸⁷.

Para proceder à delimitação dos mercados, torna-se necessário identificar algumas condições concorrenciais a que as empresas estão ou estarão sujeitas: *a substituíbilidade do lado da procura*¹⁸⁸ e *a substituíbilidade do lado da oferta*¹⁸⁹. E, no seu seio, a aplicação do *teste da substituíbilidade*, no contexto da contratação pública, será alicerçado no conhecido método “SSNIP test”¹⁹⁰ ou *teste do monopolista hipotético*.

No contexto do Direito da Contratação Pública, comecemos, assim, pelo *mercado de exploração de uma actividade em regime de concessão de serviço público*.

Reportando-nos a esta metodologia tradicional, do ponto de vista do produto, podemos certificar que, nos procedimentos pré-contratuais vocacionados para a celebração de um contrato de concessão, o mercado relevante, na óptica do produto, será, desde logo, equivalente ao *objecto da concessão*. Quanto assim seja, a AdC pode ainda identificar diferenciados mercados dentro do respectivo objecto por razões de ordem técnica ou, até, inerentes à transversalidade e abrangência da actividade primordialmente exercida.

Perante a novidade da matéria, vemo-nos obrigados a partir da experiência decisória da AdC. No passado, a AdC já procedeu à delimitação dos mercados relevantes no âmbito de uma das modalidades de contratos de concessão de serviço público no sector portuário.

¹⁸⁷ Cf. Regulamento n.º 60/2013, de 23.01.2013, da AdC. De acordo com as directrizes aí lançadas, pensamos que o mercado de produto compreenderá todos os produtos e serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida. Já o mercado geográfico abrangerá a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços e em que as condições da concorrência são suficientemente homogeneizadas e diferentes das que se verificam nas áreas geográficas vizinhas. A propósito destes dois conceitos, veja-se, por todos, LUC PEEPERKORN e VINCENT VEROUDEN, “The Economics...”, *cit.*, pp. 40 a 44.

¹⁸⁸ Partindo das palavras de CAROLINA CUNHA, “[a] substituíbilidade do lado da procura constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um dado produto, em particular quanto às suas decisões em matéria de preços”. Cf. *Controlo das ...*, *cit.*, p. 143. A este propósito LUC PEEPERKORN e VINCENT VEROUDEN defendem que “[t]he most immediate constraint upon the terms on which a firm supplies a product is the competitive pressure represented by adequate substitute products available. In the case of a price increase of the product in question, the customer would readily shift to such substitute products. In practice, the market definition problem thus reduces itself to determining the range of products that constitute good substitutes for the customer of, rather, for a sufficiently important number of customers”, “The Economics...”, *cit.*, p. 42.

¹⁸⁹ A substituíbilidade do lado da oferta implica que, em resposta a pequenos aumentos duradouros no preço dos produtos relevantes, “os fornecedores de outros produtos estejam em condições de transferir a sua produção para aqueles cujo preço aumentou e comercializá-lo a curto prazo, sem incorrer em custos ou riscos”. CAROLINA CUNHA, *Controlo das ...*, *cit.*, p. 143.

¹⁹⁰ A propósito de uma discussão mais elaborada sobre este método hoje recomendado pelas instituições comunitárias, G.J. WERDEN, “The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist paradigm”, em *ALJ*, n.º 71 (2003), pp. 253 e 276, bem como MASSIMO MOTTA, *Competition...*, *cit.*, pp. 102 a 113, para uma perspectiva econométrica.

Falamos, com efeito, do *mercado de portos marítimos*¹⁹¹. Veremos agora as principais características que, nessa sede lhe foram apontadas.

No contexto referido, e com base nas explicações que foram antes oferecidas, a definição de mercado relevante em função do produto/serviço não se circunscreveu à congregação de várias actividades na *prestação de serviços de movimentação portuária*¹⁹². Antes, foram dissociados vários segmentos que, em concreto, constituíam mercados relevantes autónomos na óptica do produto¹⁹³. Desde logo, este poderá ser apontado como o denominador comum para definir um mercado relevante da óptica do seu produto/serviço em matéria de contratação pública, em particular, em sede da adjudicação de um contrato de concessão de serviço público.

Com efeito, e recorrendo à metodologia antes exposta, o(s) mercado(s) relevante(s) na óptica do produto/serviço serão neste domínio, *o(s) mercado(s) de exploração da(s) actividade(s) objecto do contrato de concessão de serviço público*. Sob este aspecto, chega-se à conclusão de que também aqui se estará perante um domínio indefinido, pois só com base na configuração e dimensão exacta das prestações principais que estiverem previstas no caderno de encargos de um contrato de concessão de serviço público é que poderemos apurar um ou vários mercados dentro do objecto principal do contrato.

Naquela modalidade, e relativamente à sua dimensão geográfica, a AdC, por várias vezes concluiu que em matéria da *movimentação portuária de cargas*, o âmbito geográfico do(s) mercado(s) correspondia(m), em princípio, a uma delimitação “porto a porto”¹⁹⁴.

¹⁹¹ Veja-se, por exemplo, a Decisão da AdC no Proc. Ccent. n.º 31/2005 *Multiterminal/Sotagus*Liscont*, de 3.08.2005. Para uma análise da definição de mercado relevante, na óptica do produto, veja-se NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação...”, *cit.*, p. 64.

¹⁹² A AdC, na Decisão do Proc. Ccent. n.º 78/2007 *Galp/TGLS*, de 26.06.2008, começou por identificar este mercado, ainda que de uma forma genérica, sem prejuízo de depois o ter reconduzido à actividade principal do objecto da concessão em apreço (*cf.* § 48).

¹⁹³ Refere a experiência da AdC que a avaliação do mercado dos serviços de movimentação portuária tem considerado, a este respeito, que as características distintas dos diferentes tipos de cargas e os meios necessários para a sua movimentação permitem identificar serviços distintos. As características inerentes aos diferentes tipos de carga implicam o recurso a meios técnicos específicos e infra-estruturas distintas para a sua movimentação, tendo vindo a verificar-se uma crescente especialização dos terminais em função dos tipos de carga a movimentar. Resulta da prática decisória da AdC e da Comissão, que a prestação de serviços portuários de movimentação de carga pode ser dividida em diferentes segmentos, consoante o tipo de carga, para efeitos de definição de mercados relevantes. Para uma análise empírica desta situação no domínio portuário, vejam-se as Decisões relativas aos Procs. Ccent. n.º 31/2005 *Multiterminal/Sotagus*Liscont*, de 3.08.2005, Ccent. n.º 10/2006 *Mota-Engil/Sadoport*, de 09.05.2006 e ainda Ccent. n.º 52/2006 *Meas/R.L.*, de 27.12.2006. Ao nível comunitário, e em igual sentido, destacamos as Decisões da Comissão nos Procs: COMP/M.3884-*ADM Poland/Cefetra/BTZ*, de 18.11.2005 e. COMP/M.3576, *ECT/PONL/EUROMAX*, de 22.12.2004.

¹⁹⁴ Esta hipótese parece ser uma consequência natural das notas que tivemos oportunidade de fazer no capítulo n.º 4.2.3 do nosso trabalho. Ademais, como referem LINO TORGAL e JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, “*em alguns casos, a cláusula atributiva do direito de exclusivo confere à entidade concessionária uma posição jurídica activa que lhe confere a total exclusão da concorrência dentro de certo perímetro territorial*”. *Cf.* “Concessões de Actividades...”, *cit.*, p. 561 (sublinhado nosso). Mas, da nossa parte, aquilo que está aqui em causa é uma

Porém, e em função das características específicas de cada porto – tais como a localização do mesmo relativamente às zonas de consumo do produto em causa e, no que concerne aos restantes portos que movimentam o mesmo tipo de produto, as acessibilidades, as condições de acostagem e infra-estruturas logísticas e de armazenagem –, a AdC, pelo menos por uma vez, fez já um juízo ponderado que lhe levou a concluir diferentemente.

In casu competia à AdC descortinar se o desempenho de serviços de “movimentação portuária de graneis líquidos” no “Porto de Sines”, atribuído a um operador privado por via de um contrato de concessão a título exclusivo – na sequência de um procedimento pré-contratual¹⁹⁵ –, constituía ou não um mercado geograficamente autónomo face aos demais

situação adicional e indirectamente relacionada com a atribuição de um direito de exclusivo com base no art. 415.º, alínea *a*), do CCP. Em bom rigor, a delimitação do mercado geográfico relevante assente numa estrutura “porto a porto” decorre da inexistência de características homogêneas no mercado nacional (ou estrangeiro) que dotem os vários portos nacionais de um índice elevado de substituíbilidade. As características específicas de cada porto, como a localização, a proximidade das zonas de consumo das mercadorias e dos grandes centros industriais, as acessibilidades, as condições de acostagem e as respectivas infra-estruturas, e as diferentes taxas definidas e aplicadas por cada uma das Autoridades Portuárias, em cada um dos portos nacionais, é que faz com que, à partida, cada porto nacional seja susceptível de constituir um mercado geográfico relevante autónomo. Como é evidente, a questão da substituíbilidade dos portos, mais do que um aspecto de natureza jurídica, é uma convicção formada com uma forte base empírica e econométrica. A título de exemplo do que agora se disse e na linha de raciocínio seguida pela AdC, vejam-se as Decisões relativas aos Procs. Ccent. n.º 10/2006 *Meas/Sadoport*, de 9.05.2006 e Ccent. n.º 52/2006 *MEAS/R.L.*, de 27.12.2006. Num outro domínio, mas bem ilustrativo da base de análise do índice de substituíbilidade entre concessões que têm por base a atribuição de direitos de exclusivo, observe-se aquilo que resulta mercado de exploração de auto-estradas. Nesse caso, o concessionário é detentor de um monopólio sobre determinados troços de infra-estrutura e, paralelamente, o mercado geográfico relevante encontra-se limitado à auto-estrada respectivamente atribuída pelo contrato de concessão (princípio da exclusividade e ausência de concorrência entre concessões). Na prática, e do prisma jus-concorrencial, essa constatação não decorre de mais nada que não do facto de não existir qualquer índice de substituíbilidade entre as mesmas porque estas, claro está, servem pontos de interesse diferenciados. Portanto, ainda que uma empresa actue em diversas áreas geográficas (ex. várias regiões num determinado país), sendo concessionária de várias auto-estradas (que sirvam pontos de interesse distintos), tal não poderá significar que, do ponto de vista geográfico, todas aquelas concessões possam fazer parte de um mesmo mercado. Indiscutivelmente, esse é o típico caso em que cada concessão forma, por si só, um mercado autónomo. Todavia, e por mera curiosidade se refere, na Decisão no âmbito do Proc. Ccent. n.º 22/2005 *Via Oeste Brisa/Auto-Estradas Do Atlântico*, de 07.04.2006, que envolveu a aquisição de controlo conjunto da concessionária da auto-estrada A8 (entre Lisboa e Leiria), por parte da Brisa, é de salientar que, dados os valores elevados das estimativas das elasticidades cruzadas entre as auto-estradas A1 e A8 (serviam, ainda que parcialmente, os mesmos pontos de interesse na óptica do consumidor), foi possível concluir que uma parte significativa dos utilizadores as considerava como alternativas, sendo a auto-estrada A8 susceptível de constituir uma restrição concorrencial significativa sobre a auto-estrada A1. Assim, definiu-se o mercado geográfico como incluindo as duas auto-estradas (cf. § 216 a 220).

¹⁹⁵ Falamos aqui da Decisão da AdC no âmbito do Proc. Ccent. n.º 78/2007 *Galp/TGLS*, de 26.06.2008. Em regra, e como já se disse, os contratos de concessão caracterizam-se pela atribuição de um monopólio territorial à concessionária que antes se encontrava sob jurisdição da entidade adjudicante. Nesse pressuposto, entende-se que, à partida, tal constitui um indício de que do ponto de vista geográfico inexistem concorrentes efectivos capazes exercer uma pressão concorrencial efectiva, como se referiu na nossa última nota. Com efeito, e uma vez que, do lado da procura, esse produto ou serviço não se afigura substituível relativamente aos demais, a análise da operação de concentração circunscrever-se-á, do ponto de vista geográfico, àquela concessão com exclusão de qualquer outra. Mas nem sempre assim é. Desde logo, como sublinham LINO TORGAL e JOÃO DE OLIVEIRA GERALDES, por vezes, “o direito de exclusivo tem um significado menos amplo, que consiste na mera protecção dos efeitos negativos da concorrência que venha a ser introduzida – aqui há possibilidade de ser introduzida concorrência, embora com consequências patrimoniais para a Administração – durante a vigência da concessão, não se traduzindo num direito de exploração territorial”. Cf. “Concessões de Actividades...”, *cit.*, p.

portos localizados ao longo da costa portuguesa¹⁹⁶. Neste exercício, importava, assim, analisar em que medida as diversas infra-estruturas portuárias, localizadas em distintos pontos do país, constituíam alternativas viáveis ao “Porto de Sines”, na perspectiva da procura.

Com efeito, só com base nos resultados da aplicação de diferentes coeficientes de sinuosidade¹⁹⁷ é que a AdC achou plausível delimitar o mercado geográfico relevante naquele caso concreto. Ora, a identificação pela AdC de um índice de substituíbilidade elevado entre a actividade que lhe foi notificada e as que vinham a ser exercidas por aquele notificante, bem como entre as que já eram desenvolvidas pelos restantes operadores de mercado, nos vários portos nacionais, levou à qualificação do “mercado de movimentação portuária de graneis líquidos”, do ponto de vista da sua dimensão geográfica, “*não como regional, mas um mercado nacional*”¹⁹⁸, por via do princípio das cadeias de substituição.

Partindo então do que a AdC consagrou naquele particular contexto, pensamos que a dimensão geográfica do mercado relevante em qualquer contrato de concessão de serviço público, outorgado na sequência de um procedimento pré-contratual, não poderá olvidar a necessidade de proceder ao referido *teste de substituíbilidade*. Ou seja, após definição do(s) mercado(s) de produto(s) ou serviço(s) relevante(s) nos termos antes expostos, a AdC tomará em consideração, portanto, a susceptibilidade de outras concessões já existentes (*rectius*, infra-estruturas) ao momento da notificação e localizadas em diversos pontos do território nacional ou, apenas numa dada região do nosso país, constituírem (ou não) uma alternativa viável àquela que se analisa na operação de concentração notificada.

Nesse exame deverão ser tidos em conta um certo número de factores e de testes quantitativos de econometria e estatística¹⁹⁹, bem como os tipos de restrições físicas que, em

562. Nesses casos, o concessionário é detentor de um direito de exploração meramente protegido, ou seja, “*um direito de exclusivo de grau reduzido*”. Cf. *Ibidem*. Em face disto, e uma vez que esta constatação não faz precluir que estejamos perante um direito de exclusivo, à luz do art. 415.º, alínea *a*), do CCP, defendemos que, nestas hipóteses, nenhuma dúvida subsistirá de que a dimensão geográfica desse mercado impõe uma definição mais lata do que aquela que, em regra, resulta dos casos em que existe, efectivamente, um verdadeiro monopólio com consequente exclusão de concorrência. À parte destas notas, também nos casos de monopólio territorial, o Direito da Concorrência poderá, por vezes, considerar a existência de situações de *substituíbilidade* entre a actividade que subjaz a cada concessão. Ora, nesses casos, a aquisição de uma nova concessão pode consubstanciar uma operação de concentração e, com efeito, reforçar a quota de mercado detida pelo concessionário. Foi justamente com base nesta última hipótese que a AdC resolveu o Proc. Ccent. n.º 78/2007 Galp/TGLS, de 26.06.2008.

¹⁹⁶ Designadamente, os portos de Leixões, Aveiro, Lisboa e Setúbal.

¹⁹⁷ Nesse caso concreto, a AdC recorreu aos seguintes critérios: *i*) actividade concretamente exercida; *ii*) potenciais zonas de influência de cada porto ou as suas características infra-estruturais – não só em mar como em terra, incluindo o acesso a oleodutos, no caso de graneis líquidos; e, ainda, *iii*) outros tipos de restrições físicas (cf. § 59, 60, 61 da Decisão do Proc. Ccent. n.º 78/2007 Galp/TGLS, de 26.06.2008).

¹⁹⁸ Cf. § 109 da Decisão do Proc. Ccent. n.º 78/2007 Galp/TGLS, de 26.06.2008.

¹⁹⁹ Vejamos alguns indícios normalmente associados aos critérios de elevada ou baixa substituíbilidade dos produtos ou serviços, não só no âmbito da actividade portuária, mas em geral: *i*) custos e outros obstáculos

princípio, serão susceptíveis de afectar a organização da cadeia logística de movimentação, distribuição e oferta da actividade em apreço²⁰⁰.

Ou seja, no que a este tipo de concursos públicos respeita, importará aferir da quota de mercado das notificantes, bem como tratar de saber se a operação permite reforçar essa quota. Por outro lado, ao verificar que existe uma criação ou reforço de posição dominante, existirá uma presunção inilidível de que a operação em apreço é susceptível de criar *entraves significativos à concorrência efectiva*²⁰¹.

Como é letra assente na lei, a criação de entraves significativos à concorrência efectiva inclui as preocupações inerentes à criação ou reforço de uma posição dominante no mercado²⁰², mas não traduz a visão de que a posição dominante é a única forma possível de uma operação de concentração se traduzir em efeitos negativos para os consumidores.

Pensamos, então, que a situação paradigmaticamente associada ao aumento de quotas de mercado por parte de concessionários responsáveis por concessões que se revelem *substituíveis* respeitará aos efeitos prejudiciais para os consumidores provenientes de uma *sobreposição horizontal*²⁰³.

associados ao transporte; ii) fluxos comerciais entre as áreas geográficas; iii) estimativa da elasticidade da procura directa e cruzada entre produtos oferecidos em áreas geográficas distintas; iv) existência de custos de entrada: custo de desenvolvimento de uma nova marca com notoriedade, custo associado à constituição de uma rede de distribuição; v) outros factores: preferências por marcas nacionais, língua, cultura e estilo de vida mercados e os custos de transporte forem significativamente elevados, face ao valor económico do bem em causa, ou se forem identificadas factores diversos, tais como a língua, preferências locais, ou a obrigatoriedade do cliente ter uma presença no país onde adquire o bem. Então haverá uma reduzida substituíbilidade da procura entre fornecedores localizados em áreas geográficas distintas e, nesta perspectiva, aquelas áreas não integrarão o mesmo mercado geográfico relevante. Apontando exactamente para os mesmos critérios, ver, por todos, MASSIMO MOTTA, *Competition...*, cit., pp. 114 a 123.

²⁰⁰ Haverá, então, que concluir com total segurança que só uma análise casuística a propósito das características essenciais do produto ou serviço em apreço, além da sua utilização projectada, é que se poderá atender à respectiva *substituíbilidade* do lado da procura e oferta.

²⁰¹ Cf. art. 41.º, n.º 4, do RJC.

²⁰² A autorização expressa do n.º 3 do art. 41.º onde se prevê que “*são autorizadas as concentrações de empresas que não sejam susceptíveis de criar entraves significativos à concorrência*” explicita que o legislador abandonou a referência à *autorização da operação sob condição da não criação ou reforço de posição dominante*, prevista no art. 12.º, n.º 3, da LdC. Para uma análise aprofundada nesta matéria veja-se, PEDRO PITA BARROS, em *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense...*, cit., pp. 450 e 451.

²⁰³ Assim, é dogmaticamente entendido que as concentrações horizontais são as que têm lugar entre empresas concorrentes, operando no mesmo nível de mercado. Sendo as mais frequentes, acabam por se transformar naquelas que, na perspectiva do Direito da Concorrência, representam uma maior preocupação, atendendo à susceptibilidade de abrir caminho à redução da produtividade e aumento dos preços. Observe-se que as concentrações horizontais eliminam sempre, pelo menos, um concorrente do mercado, elevando o respectivo rácio de concentração. E, deste modo, quanto menor for o número de empresas presentes no mercado, mais difícil se torna às autoridades de defesa da concorrência detectar eventuais práticas colusivas ou anti concorrenciais. Por outro lado, os efeitos unilaterais de uma operação de concentração podem originar perdas claras de eficiência na prestação da actividade em apreço. A propósito da perda de eficiência como um dos principais aspectos nos efeitos de sobreposição horizontal, veja-se, CHRISTOPHER BELLAMY & GRAHAM DEREK CHILD, *European...*, cit., pp. 771. No contexto dos contratos públicos, a situação parece-nos ser exactamente idêntica. Teme-se aqui que o aumento de uma quota de mercado elimine concorrentes efectivos das empresas em causa e que tal seja susceptível de não restringir o seu comportamento e de lhes permitir actuar

Porém o mercado relevante em sede de contratos públicos não se fica pelas considerações *supra* expostas. Continuando, notamos que a prática decisória da AdC tem igualmente defendido que a adjudicação de uma concessão, através de um procedimento pré-contratual, fomenta aquilo que se tem denominado por “*concorrência pelo mercado*”²⁰⁴.

Por conseguinte, face àquilo que a AdC tem sufragado²⁰⁵, consideramos que no contexto do Direito da Contratação Pública subsiste ainda um outro mercado relevante, a saber, *o mercado dos concursos públicos para a adjudicação da exploração de uma actividade em regime de concessão*.

Antes de mais, alerte-se que na opinião da AdC este mercado não subsiste de forma independente relativamente ao mercado antes aludido. Outrossim, o mercado dos concursos públicos para a adjudicação da exploração de uma actividade em regime de concessão de serviço público “*está concatenado*”²⁰⁶ *com o mercado de exploração de uma actividade em regime de concessão de serviço público*.

Não nos competindo aprofundar exaustivamente a doutrina subjacente aos mercados públicos na óptica dos *bidding markets*²⁰⁷, para efeito deste trabalho, assinalável é que em várias decisões da AdC²⁰⁸ secunda o entendimento de que “*no caso da adjudicação das concessões por concurso público, a concorrência faz-se na sequência da adjudicação que existe, como reconhece a AdC, fundamentalmente, no momento da abertura dos concursos públicos – comumente designada concorrência pelo mercado*”²⁰⁹.

independentemente de uma pressão concorrencial efectiva na prestação de serviços e satisfação de necessidades de interesse público, *i.e.*, manipulando os preços de oferta dos mesmos no mercado e prejudicando a inovação na execução dessas obrigações, em claro prejuízo para os consumidores. No que toca aos restantes possíveis efeitos perniciosos causados por uma operação de concentração, veja-se, por todos, CAROLINA CUNHA, *As operações...* pp. 31 a 34 e bibliografia aí citada.

²⁰⁴ Neste sentido, vejam-se as Decisões no âmbito dos Procs: Ccent. n.º 46/2008 *Criar Vantagens/Aquapor*, 18.09.2008 (*cf.* § 22) e Ccent. n.º 67/2008 *Mota-Engil/Indaqua*, de 29.01.2009 (*cf.* § 21).

²⁰⁵ Veja-se, por exemplo, a ulterior Decisão da AdC, aqui no âmbito do Proc. Ccent. n.º 32/2010 *Msf.Lena/Aeo*, de 18.08.2010 (*cf.* §13 e 14), bem como o paradigmático Proc. Ccent. n.º 22/2005 *Via Oeste Brisa/Auto-Estradas Do Atlântico*, de 07.04.2006 (*cf.* § 202)

²⁰⁶ Expressão da autoria da AdC na Decisão no âmbito do Proc. Ccent. n.º 22/2005 *Via Oeste Brisa/Auto-Estradas Do Atlântico*, de 07.04.2006 (*cf.* § 191).

²⁰⁷ Nesse contexto, a especificidade dos contratos públicos e o carácter *sui generis* dos *bidding markets* tem demonstrado que, por exemplo, o facto de neste tipo de contratos não haver uma verdadeira substituíbilidade do lado da procura nem da oferta, por um período de tempo continuado, como sucede no mercado anterior, a concorrência ocorre pontualmente, *i.e.*, *no momento da adjudicação do contrato público*. Tal comprova, igualmente, que o recurso ao teste monopolista hipotético para definir o mercado relevante não seja um método apropriado. Sobre *bidding markets* ver DAKSHINA G. DE SILVA / TIMOTHY DUNNE / ANURUDDHA KARANKANAMGE / GEORGIA KOSMOPOULU, “The impact of public information on bidding in highway procurement auditions”, em *EER*, n.º 52 (2008), pp. 151-180, e, ainda, KOEN T. SYEN, “Market Power in Bidding Markets: An Economic Overview”, em *WC*, n.º 31 (2008), pp. 37-62.

²⁰⁸ Ver as decisões referidas nas nossas 205 e 206.

²⁰⁹ Pertinente síntese pertencente a NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação...”, *cit.*, p. 65.

Concretamente, neste mercado relevante autónomo, está em causa determinar as pressões que podem advir da substituição dos produtos em causa por outros, de concorrentes que tenham o incentivo para aumentar a produção, ou de empresas que, não estando presentes no mercado actual, podem ser levadas a nele participar nas condições criadas pelo exercício do poder de mercado (*i.e.* concorrência potencial).

Aqui o Estado, como entidade adjudicante, desempenha um papel essencial na modelação do mercado relevante, nomeadamente quando, dispondo do poder de monopólio, adquire bens ou serviços através do lançamento de procedimentos de adjudicação pré-contratuais. Com efeito, a procura deste mercado é constituída pelos Estados e outras entidades públicas, enquanto promotores de concursos públicos para a concessão da construção, conservação e exploração de uma obra pública ou da gestão de um serviço público.

Por seu lado, a oferta é constituída por consórcios de empresas que concorrem a tais concursos públicos, sendo estes consórcios, normalmente, constituídos por empresas promotoras, construtoras e entidades financiadoras²¹⁰.

Nestes termos, o que importa então analisar são os efeitos que a operação de concentração poderá ter também neste mercado, ou seja, determinar se em consequência da aquisição projectada *pela adjudicação do contrato de concessão*, se perturba a concorrência efectiva, para logo aferir se esta é susceptível de, no âmbito de uma análise prospectiva, conduzir à *criação de entraves significativos à concorrência efectiva neste mercado*²¹¹.

Destarte, a questão que assume aqui primordial acuidade é a de saber se uma empresa que actue neste mercado e se torne dominante no mesmo, aquando da realização de novo concurso, parte (ou não) exactamente nas mesmas condições face aos demais concorrentes ou se essa posição pode constituir uma mais-valia susceptível de influenciar a escolha do consórcio vencedor.

²¹⁰ A propósito da dimensão geográfica destes mercados, veja-se NUNO CUNHA RODRIGUES, *Ibidem*. Do ponto de vista da prática decisória da AdC, assume capital importância a Decisão no âmbito do processo Ccent. n.º 22/2005 *Via Oeste Brisa/Auto-Estradas Do Atlântico*, de 07.04.2006, onde a AdC considerou que, geograficamente, este mercado assume um âmbito nacional (*cf.* §197). Complementarmente, para a determinação do mercado geográfico, a AdC defendeu ser “*igualmente importante considerar o âmbito de actuação da entidade concedente, bem como compulsar toda regulamentação inerente aos programas de concurso para adjudicação de uma concessão para a construção, conservação e exploração de auto-estradas, que, de forma inelutável, poderão condicionar a procura, nomeadamente o perfil de concorrentes, restringindo assim o mercado a uma dimensão vincadamente mais nacional do que comunitária*” (*cf.* ponto 198). Trata-se, aliás, de entendimento que foi sufragado em decisões posteriores onde esteve em causa a apreciação deste mercado. Veja-se a Decisão no âmbito do Proc. Ccent. n.º 46/2008 *Criar Vantagens/Aquapor*, 18.09.2008 (*cf.* § 20 a 23).

²¹¹ Ou seja, e à semelhança do que sucede no anterior mercado referido, importará avaliar a quota de mercado das notificantes, bem como tratar de saber se a operação permite reforçar essa quota e, na maior parte das vezes, se pode ou não dar origem à criação ou reforço de uma posição dominante.

Tal situação poderia potencialmente acontecer se, por via da sua melhor preparação técnica e detenção de *know-how*, a participação da mesma empresa podia exercer uma apreciável influência sobre o preço da licitação em mercado público, sem que arriscasse perder a sua quota de mercado. Em suma, pretende determinar-se se a concentração projectada é susceptível de colocar um obstáculo significativo à concorrência efectiva, a qual trás consigo a capacidade de aumentar o preço de forma lucrativa e, ainda, a possibilidade de influenciar a escolha da qualidade dos bens e serviços a implementar, de diminuir a inovação na prestação da actividade em causa ou até de manipular de outra forma negativa os parâmetros de concorrência.

6. DA PREVISIBILIDADE DE NOVAS REGRAS JURÍDICAS NO PROGRAMA DO PROCEDIMENTO: O CARÁCTER VINCULATIVO DO ARTIGO 37.º, N.º 3 DO RJC.

Na bissectriz formada entre o procedimento de controlo de concentração de empresas – de que se ocupou o RJC – e o regime pré-contratual tendente à adjudicação de um contrato público – previsto no CCP – as questões de compatibilização procedimental colocam-se, desde logo, a partir do momento em que a adjudicação de um contrato público é vista pelo Direito da Concorrência como uma operação de concentração sujeita a notificação prévia.

O RJC parece impor no n.º 3 do art. 37.º, ainda que de forma particularmente inovadora, que, neste caso, a entidade adjudicante se assume responsável por regular, “*no programa do procedimento para a formação de contrato público*”, a articulação entre o procedimento de contratação pública e o regime jurídico do controlo prévio de operações de concentração.

Esta disposição veio dar, formalmente, uma resposta àquela que nos parecia ser uma das questões mais delicadas que a harmonização entre estes dois regimes convocava: a indicação do *modus operandi* conducente à articulação procedimental entre um bloco de legalidade proveniente do CCP, de natureza administrativa e profundamente rígido, com a autónoma e complexa disciplina jurídica que paira sobre o procedimento de controlo de operações de concentração²¹² previsto no RJC. Por conseguinte, importa avaliar quais os pressupostos e as

²¹² Partindo agora do art. 42.º do RJC, jamais se poderá ignorar que o procedimento em matéria de controlo de operações de concentração de empresas é preenchido por um corpo normativo, cuja autonomia dogmática se limita às regras directamente previstas no diploma, pois, em tudo o resto, e com carácter subsidiário aplicar-se-á o CPA. Aquilo que pretendemos explicar com o que agora se disse é que a natureza das regras previstas no CCP é intrinsecamente de natureza administrativa, enquanto, no Direito da Concorrência, elas possuem uma natureza própria, ainda que com pontos de contacto com o Direito Administrativo.

respectivas obrigações jurídicas que esta descomprometida solução legislativa convoca na ordenação das duas matérias.

Consabidamente, a noção jurídica de *peça do procedimento*, tal como inscrita no n.º 1 do art. 40.º do CCP, designa o conjunto heterogéneo²¹³ de documentos escritos e desenhados em que se fixam as formalidades, requisitos e parâmetros que a entidade adjudicante deseja ver adoptados num dado procedimento de formação de um contrato público. De igual sorte, prevêem-se ali todos os aspectos jurídico-materiais que, na óptica das entidades adjudicantes, constituem pressupostos para a condução procedimental ou que, conjuntamente com a proposta escolhida, garantam a subsequente execução contratual.

Estas bases jurídicas, técnicas e económico-financeiras do contrato a celebrar representam, na opinião de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA²¹⁴, e na esteira do que se encontra plasmado no n.º 2 do art. 100.º do CPTA, “*os documentos conformadores do procedimento*”.

De todas as peças do procedimento previstas nas alíneas do n.º 1 do art. 40.º do CCP, é porventura significativo que o n.º 3 do art. 37.º do RJC tenha elegido “o *programa de procedimento*”²¹⁵ para a formação do contrato público como o eixo em torno do qual se alicerçará a articulação entre os dois procedimentos aludidos.

²¹³ A dissemelhança entre os documentos referidos nas várias alíneas do art. 40.º do CCP, respeitam a elementos que podem assumir natureza escrita ou desenhada, com carácter directa ou indirectamente normativo, mas também informativo, em que se fixam, na parte não coberta pelas disposições imperativas de normas de grau superior ao seu, as formalidades a respeitar ao longo do procedimento pré-contratual, bem como os requisitos subjectivos e objectivos necessários para aceder e as condições (técnicas, jurídicas, económico-financeiras) de acordo com as quais os concorrentes hão-de elaborar as suas propostas e a entidade adjudicante se propõe celebrar o contrato em causa. A propósito, veja-se, por todos, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros*, cit., p. 267.

²¹⁴ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Ibidem*. Na opinião destes autores, o seu elenco é taxativo e portanto “*não há outras peças para além das previstas na lei (salvo eventualmente no caso do art. 43.º) e as previstas na lei têm mesmo que existir, que se produzidas e dadas a conhecer para que o procedimento possa decorrer validamente*”. Cf. *Concursos e Outros...*, cit., p. 278. No mesmo sentido, JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de Contratação...*, cit., p. 355.

²¹⁵ Note-se que por mera técnica legislativa, e não obstante a enorme relevância concorrencial que assume no nosso paradigma da actuação pública contratual, o procedimento pré-contratual do ajuste directo parece ter sido preterido do regime de compatibilização agora enunciado. Destarte, como resulta da alínea *a*) do n.º 1 do art. 40.º do CCP, no ajuste directo, as peças dos procedimentos de formação deste contrato são: 1) “*o convite à apresentação das propostas*”; e 2) “*o caderno de encargos, sem prejuízo do disposto no art. 128º*”. Bem assim, inexistente qualquer referência legal ao programa do procedimento. Mais do que uma imperfeição terminológica, pensamos que a expressão “*programa do procedimento para a formação de contrato público*”, prevista no n.º 3 do art. 37.º, sem que se tivesse feito acompanhar por um qualquer outro vocábulo que permita ao intérprete considerar a respectiva ambivalência do preceito, faz com que as quaisquer interpretações extensivas nesta matéria se mostrem, invariavelmente, imperfeitas. Desde logo, é sabido que, para além do respectivo carácter taxativo e imperativo, o elenco legal das peças procedimentais se encontra talhado *em função de cada uma das modalidades desses procedimentos* e ponderadas as mesmas razões elegidas por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA (*Concursos e Outros...*, cit., p. 274), nenhuma dúvida resta de que se tratam de duas peças cuja natureza jurídica não se confunde no actual mosaico da contratação pública. Coerentemente, também não terá sido por uma mera opção cosmética que o n.º 1 do art. 115.º do CCP dispôs que “[o] Programa

JORGE ANDRADE DA SILVA, por sua vez, define o programa do procedimento como “*uma peça do procedimento, de natureza regulamentar, através da qual a entidade adjudicante dá a conhecer aos potenciais interessados os termos e condições a que obedece o procedimento de formação do contrato até à celebração deste, se a ela houver lugar*”²¹⁶.

Como contrapartida de se tratar de um “*regulamento ad-hoc onde se inscrevem, de forma imperativa, os trâmites e formalidades do procedimento adjudicatório, o seu regime fundamental*”²¹⁷, julgamos que o programa de procedimento é um documento destinado, não a integrar o contrato, mas a preparar a sua celebração. E, dessa forma, é elaborado parcialmente a partir de normas procedimentais directamente previstas na lei, conjugado com uma outra parte que, mesmo indirectamente normativa, serve para a integração de regras, que o legislador remeteu para o exercício de uma competência discricionária por parte da entidade adjudicante. Todavia, tanto num caso, como no outro, são normas vinculativas para essa entidade adjudicante durante o procedimento em causa.

Significa isto que o RJC, ao confiar à entidade adjudicante a definição dos termos da conjugação entre os dois procedimentos, impõe-lhe a obrigação de fazer constar no programa do procedimento um conjunto de normativos adicionais àqueles que se encontram estabelecidos e directamente previstos pelo próprio CCP²¹⁸. A finalidade de tais normativos prender-se-á com a *exequibilidade legal* da justaposição entre o procedimento de controlo de concentração empresarial e o regular seguimento do procedimento pré-contratual, por um lado, com a salvaguarda dos princípios referidos no n.º 4 do art. 1.º do CCP por outro²¹⁹.

do procedimento de ajuste directo é substituído pelo convite à apresentação de proposta (...)”. Enfim, tudo razões bastantes para sustentar que nada parece permitir – com clareza – que o inciso “*programa do procedimento para a formação de contrato público*” se apresente como uma noção legal fungível e, por isso, que a aplicação do n.º 3 do art. 36.º ao procedimento de ajuste directo ocorra sem quaisquer atrapalhões.

²¹⁶ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, Almedina, 2010, p. 363. Com mais propriedade, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA esclarecem que “*contêm-se nele, só, as grandes regras ou directrizes vinculativas, facultativas e supletivas sobre a sequência procedimental, as suas formalidades e o modo de as cumprir, a indicação dos critérios, factores e subfactores de avaliação das candidaturas, e das propostas, o coeficiente da respectiva ponderação e os outros elementos integrantes do modelo da sua avaliação*”. Cf. *Concursos e Outros...*, cit., p. 350. Outros autores como MARGARIDA OLAZABAL CABRAL em *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 234, BERNARDO DINIZ DE AYALA, “O Método de Escolha do Co-contratante da Administração nas Concessões de Serviço Público”, em *CJA*, n.º 21, CEJUR, p. 5 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, em *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 5ª ed., Almedina, 2005, p. 275 e, em co-autoria com CARLOS FERNANDES CADILHA, no *Comentário ao Código de Processo dos Tribunais Administrativos*, Almedina, 3ª ed., 2010, pp. 664 a 665, postulam, igualmente, pela natureza regulamentar do “programa do concurso” ou, com a actual designação, programa do procedimento, embora considerem que do ponto de vista processual os pressupostos para a sua impugnação não se remetem para a Secção III, do Capítulo II, do Título III do CPTA.

²¹⁷ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros...*, cit., p. 134.

²¹⁸ Cf. art. 132.º, 164.º, 206.º e, em certa medida, o art. 115.º, todos do CCP

²¹⁹ No âmbito do CCP, dispõe o art. 1.º, n.º 4 que são especialmente aplicáveis à contratação pública os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência. Sobre a matéria, vejam-se as opiniões de DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2ª ed, Almedina, 2011, p. 32 e MARCELO

Proeminentemente, é de salientar que a elaboração das peças do procedimento se reveste de inúmeras exigências com o propósito de fazer com que as propostas, a adjudicação e a execução do contrato sejam mais certeiras, mais aderentes à realidade e, por outro lado, mais adequadas às preocupações da entidade adjudicante.

Como corolário do princípio de reserva de lei²²⁰, a elaboração das peças do procedimento (em, particular, o programa do procedimento) há-de ter em conta, desde logo, as várias exigências e condicionamentos de carácter técnico-jurídico, documental e substantivo, directamente decorrentes do próprio CCP – tanto em geral como em concreto –, no que respeita ao conteúdo e menções que devem constar no programa do procedimento.

A par dos condicionamentos legais e regulamentares da sua elaboração, o programa do procedimento pode também prever regras e normas vinculativas oriundas do exercício de um poder de auto-regulação procedimental. Como advertem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, os poderes de auto-regulação são “[m]uitos dos quais derivados, é certo, do facto de o próprio Código, remeter para ele a opção sobre a disciplina a adoptar no procedimento ou as cláusulas a incluir no contrato – tratando-se aí portanto de normas ou poderes de execução da lei – havendo-os também de pura auto-regulação, isto é, de fixação, por exclusiva iniciativa do órgão adjudicante, de aspectos do regime pré-contratual, sejam relativos ao procedimento sejam relativos ao conteúdo e circunstâncias do contrato, para adaptar um e (ou) outro, procedimento, às particularidades do caso ou à melhor conveniência aí sentida pela entidade adjudicante”²²¹.

Porém, é claro que o exercício desta faculdade se encontra balizado por alguns limites que vêm sendo apontados pela doutrina. *Prima facie*, o primeiro requisito do poder de auto-regulação consiste no facto de a questão ou a matéria em causa não estar explícita, implícita, imperativa ou alternativamente regulamentada pela própria lei. Sempre que a matéria estiver prevista na lei, a entidade adjudicante encontra-se primeiramente vinculada ao princípio da

REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª ed., Dom Quixote, 2009, p. 67 e vasta doutrina aí referida.

²²⁰ No que toca à conformação deste princípio no domínio dos regulamentos, DIOGO FREITAS DO AMARAL, opta por uma visão do mesmo divisível em dois subprincípios: em primeiro lugar, o *princípio de precedência de lei*, de acordo com o qual o exercício de qualquer actividade administrativa regulamentar tem ser precedida de uma lei habilitante e, em segundo lugar, o *princípio de reserva material de lei*, a saber, o poder regulamentar não se pode desenvolver naquelas áreas que constitucionalmente estejam reservadas à lei. Cf. *Curso de...*, II, cit., p. 204. A propósito da degradação hierárquica dos regulamentos face aos actos legislativos, veja-se, também, JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 213 a 217.

²²¹ Cf. *Concursos e Outros...*, cit., p. 284.

legalidade, não se podendo subtrair ao que aí vier disposto por manifestar qualquer desígnio em exercer uma competência discricionária²²².

A estes aspectos os citados autores juntam um outro que aqui será equivalente ao segundo limite: o programa do procedimento não poderá incluir regras que, não obstante não disporem sobre formalidades legalmente previstas nem contrariarem expressamente a lei, *desvirtuam contudo a coerência interna, o projecto ou plano normativo subjacente à arrumação procedimental do código*²²³.

Aparentemente, o art. 132.º, n.º 4, do CCP consagra um corolário do exercício dos poderes de auto-regulação procedimental. Ora, precisamente depois de se referir extensamente nos n.ºs 1, 2 e 3 às menções obrigatórias e facultativas a incluir no programa do concurso, o legislador dispôs, no n.º 4, que o programa do procedimento pode “*ainda conter quaisquer regras específicas sobre o procedimento (...) consideradas convenientes pela entidade adjudicante, desde que não tenham por efeito, impedir, restringir ou falsear a concorrência*”²²⁴.

É evidente que a teleologia tocante ao n.º 4 do art. 132.º poderia facilitar a tarefa de associação que se pretende, porquanto o preceito visa, com total clareza, abrir as portas à integração de regras que visem proteger qualquer aspecto oriundo do Direito da Concorrência.

De qualquer forma, parece-nos, no entanto, que a regra resultante do n.º 3 do art. 37.º do RJC se assume como uma verdadeira norma legal de habilitação, que fundamenta a “*competência objectiva e subjectiva*”²²⁵ para a articulação aí imposta, com prejuízo de qualquer norma directamente prevista no CCP.

Ora, a subordinação das entidades adjudicantes ao princípio de legalidade previsto no art. 3.º, n.º 1, do CPA está hoje notoriamente associada ao pensamento de SÉRVULO CORREIA. Na opinião deste autor, “*o exercício de poderes por parte dos órgãos da Administração Pública – e entidades equiparadas para o efeito – pressupõe a existência de uma base normativa, isto*

²²² Como notam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “[l]imite aos poderes de auto-regulação é o de que não pode a norma (...) adoptadas dispor contra *legem* (ou contra os regulamentos de execução de lei) nem em violação de princípios gerais de direito aplicáveis em matéria pré-contratual”. Cf. *Concursos e Outros...*, cit., p. 285.

²²³ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Ibidem*.

²²⁴ O legislador, desfazendo quaisquer dúvidas sobre a parametricidade das normas do CCP, instituiu um regime homogéneo de contratação para todas as entidades adjudicantes. No entanto, esta opção não impede que o programa de concurso contenha regras específicas sobre o procedimento, desde que consideradas convenientes pela entidade adjudicante e que não tenham por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência (cf. art. 132.º, n.º 4, do CCP). Embora a vocação expansiva deste preceito seja profundamente desconhecida entre nós, parece-nos evidente que esta disposição representa bem o facto de as preocupações concorrenciais e a adequação procedimental ao Direito da Concorrência constituírem uma evidência clara para a moderna configuração do Direito da Contratação Pública. Destarte, sendo esta disposição reiteradamente ignorada pela nossa doutrina, parece-nos que na ausência de um preceito legal específico no RJC, como o n.º 3 do art. 37.º, a harmonização procedimental que aludimos neste capítulo, decorreria, com toda a probabilidade, do recurso a este normativo.

²²⁵ Cf. art. 112.º, n.º 7, da CRP.

é, de uma fonte de direito, na qual, em última análise, radicarão os efeitos jurídicos a introduzir”²²⁶.

Nesta acepção, para além de limite, a lei é o pressuposto e o fundamento de toda a actividade administrativa, pelo que a actuação da Administração Pública – *rectius*, das entidades adjudicantes – acaba por se confundir não só com a fundamentação legal, mas também com a respectiva vinculatividade à lei.

Por conseguinte, num domínio tão importante como o exercício de uma função regulamentar, parece resultar das premissas antes elencadas, que, quando se trate de dar execução ou de complementar um acto legislativo anterior, as normas ditadas pelas entidades adjudicantes devem, pela sua vinculação ao princípio da legalidade, ser produzidas *ao tempo* (e, claro está, se for o caso com o conteúdo) *que decorra de tal vinculação*. É exactamente este o entendimento que consagramos para o n.º 3 do art. 37.º do RJC. Logo, e à luz do princípio da legalidade, a elaboração de normas de articulação procedimental não consiste numa mera faculdade, mas outrossim numa *vinculação legal*.

Em todo o caso, o mesmo preceito vocaciona-se para habilitar a entidade adjudicante a introduzir normas de carácter especial e / ou, ainda que reconduzido apenas ao estritamente necessário, derogantes de todas as normas (supletivas ou imperativas) do CCP que estejam em manifesta conflitualidade com a salvaguarda da execução do processo de fiscalização da operação de concentração.

A este respeito, pensamos ser defensável que esta zona de confluência ou *terra comum* entre o Direito da Contratação Pública e o Direito da Concorrência suscitará a introdução de normativos no programa do procedimento dos quais derive, na maior parte das vezes, uma relação de complementaridade, combinando soluções harmonizáveis entre os dois corpos de regulação²²⁷.

²²⁶ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1986, pp. 297-298.

²²⁷ Parece-nos que o sentido da norma habilitante é claro, senão vejamos: decreta o n.º 3 do art. 37.º da RJC que “*nos casos a que se refere a parte final do número anterior, a entidade adjudicante regulará, no programa do procedimento para a formação de contrato público, a articulação desse procedimento com o regime de controlo de operações de concentração regulado na presente lei*”. Antes, no n.º 2 do mesmo artigo, o legislador consagrou que no caso de uma operação de concentração de empresas, resultante do procedimento para a formação de contrato público, a obrigação de notificação se vence “*após a adjudicação definitiva e antes de realizada*”. Com efeito, do ponto de vista literal e em harmonia com o conteúdo ordenativo que o princípio da legalidade detém, não se assombram dúvidas interpretativas nesta matéria: o legislador pretende que o procedimento tendente à adjudicação de contratos públicos se compatibilize, por outras palavras, se sacrifique, em prol da perfeita arrumação e inclusão – de forma incólume – do regimento de controlo de concentração, tal e qual consagrado no RJC. Por esse motivo, pensamos, jamais poderá ser o procedimento de controlo de concentrações a ver o seu conteúdo *normativo-programático* sacrificado por efeito da eventual imperatividade das disposições constantes no CCP, mas justamente o contrário, por determinação legal posterior à entrada em

Por tal motivo, o *princípio de prevalência de lei*, neste caso em particular, colocar-se-á no confronto entre as regras previstas no programa do procedimento e a disciplina normativa directamente resultante do RJC. No essencial, e a propósito do primeiro limite aos poderes de auto-regulação, importará referir que a entidade adjudicante deverá fazer constar no programa do procedimento normas cujo sentido dispositivo vá na linha do que já se encontra directa ou imperativamente previsto no RJC. Já no que toca ao segundo limite atrás referido, pensamos que a entidade adjudicante deverá fazer um esforço acrescido para preservar a coerência interna e a arrumação procedimental do código, inibindo-se, portanto, de introduzir regras absolutamente descaracterizadoras da matriz procedimental ou que afectem irremediavelmente a arrumação da mesma.

Por último, a propósito da classificação regulamentar aqui em causa, recorde-se que o n.º 3 do art. 37.º do RJC decreta que a matéria da regulação procedimental, resultante da articulação entre o regime de adjudicação do contrato público e o regime de controlo de concentração de empresas, fica absolutamente confiada à entidade adjudicante aquando da composição do programa do procedimento.

Daquele preceito legal não se retira qualquer indício orientador para a harmonização aí referida. Assim, a respectiva execução confundir-se-á, à luz da doutrina seguida por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, com a criação de normas regulamentares *de execução em sentido estrito*²²⁸, já que as mesmas regras são indispensáveis a qualquer aplicação do RJC no contexto da contratação pública.

Lançando uma abordagem mais pragmática, elencamos de seguida, sumariamente, os aspectos que devem inevitavelmente ser previstos no programa do procedimento, por força do n.º 3 do artigo 37.º do RJC:

i) Deve impor-se aos concorrentes que decidam participar no procedimento pré-contratual que entreguem nos documentos da proposta, uma declaração, onde declarem se, na sua opinião, estão, ou não, sujeitos à obrigação de notificação caso ganhem o concurso. Caso assim entendam, deve exigir-se, também, a entrega do formulário de notificação já preenchido.

ii) Coerentemente com o que se encontra previsto no n.º 1 do art. 40.º, na alínea b) do n.º 1 do art. 44.º e, ainda, no n.º 1 do art. 45.º, todos do RJC, o programa deverá incluir o prazo em

vigor do CCP. Em geral sobre a matéria, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 20ª reimp., Almedina, 2012, pp. 273 e ss.

²²⁸ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral...*, cit., p. 99, aqui também se referindo ao pensamento de MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos...*, Tomo III, cit., pp. 256-257.

que o adjudicatário se compromete a notificar a autoridade da concorrência competente²²⁹ do acto administrativo de adjudicação, além da previsão do *efeito suspensivo*²³⁰ que tal notificação produz relativamente ao mesmo, enquanto não houver decisão final por parte da autoridade em apreço²³¹;

iii) Após a notificação do acto de adjudicação (*cf.* art. 77.º, n.º 1, do CCP), o programa do procedimento deverá prever a suspensão imediata do prazo de manutenção das propostas (*cf.* art. 65.º do CCP), bem como do prazo para apresentação dos documentos de habilitação, além do prazo para prestação da caução ou confirmação dos compromissos assumidos com terceiros [*cf.* art. 77.º, n.º 2, alíneas a), b), c), do CCP], pelo período correspondente ao decurso do procedimento de controlo de concentração. Para o efeito, dever-se-á tomar em atenção, em especial, aos prazos fixados nos n.ºs 1 dos arts 49.º e 50.º, ou nos n.ºs 1, dos arts 52.º e 53.º, todos do RJC, caso se tratem de decisões de primeira ou de segunda fase respectivamente;

iv) O programa do procedimento deverá prever os exactos termos e condições em que o concorrente deve prestar todas as informações e comunicar quaisquer desenvolvimentos que o processo venha a conhecer à entidade adjudicante (tendo em vista, designadamente, a análise e a prévia autorização dos compromissos que o adjudicatário pretenda assumir, por forma a evitar uma decisão condicionada de não oposição, à luz dos arts 51.º ou 54.º do RJC), com a consequente salvaguarda dos princípios da transparência, igualdade e imparcialidade;

v) O programa do procedimento deverá impor de forma clara e inequívoca o prazo em que o adjudicatário comunicará à entidade adjudicante a decisão proferida pela autoridade da concorrência envolvida – cujo incumprimento ditará o levantamento imediato da suspensão dos prazos suspensos em i) e ii);

vi) Para a eventualidade de ser proferida uma decisão de oposição ou de oposição com condições ou obrigações, que implique – necessariamente – uma redefinição do caderno de encargos, o programa do procedimento deverá, à luz do princípio da concorrência e da imparcialidade, prever a caducidade do acto de adjudicação e, com efeito, a adjudicação da proposta ordenada em lugar subsequente²³². Tal circunstância fará, se assim for exigível, desencadear o mesmo procedimento de controlo prévio.

²²⁹ As autoridades de defesa da concorrência competentes nesta matéria são a AdC e a Comissão Europeia. Para uma diferenciação entre as competências de uma e de outra, veja-se o nosso capítulo n.º 4.

²³⁰ Ver o nosso capítulo n.º 7.

²³¹ Por outro lado, não se poderá olvidar que o caderno de encargos deverá conter uma cláusula que fixe exactamente que a decisão de adjudicação fica suspensa até decisão final da AdC. Também assim, NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação...”, *cit.*, p. 56. No âmbito do nosso trabalho, ver o capítulo n.º 4.

²³² Ver o nosso capítulo n.º 8.

vii) No caso da autoridade da concorrência competente proferir uma decisão distinta das referidas no ponto anterior (*i.e.* uma decisão de inaplicabilidade; uma decisão de não oposição; ou uma decisão de não oposição com obrigações ou condições que não implique – necessariamente – a reconfiguração do caderno de encargos), o programa do procedimento deverá prever o levantamento do efeito suspensivo sobre os prazos referidos em *ii)* e *iii)*, bem como do acto de adjudicação, além de determinar, por último, o prazo para a outorga do contrato;

Depois de exposto o quadro normativo estabelecido pelo legislador²³³ relativamente à consonância procedimental entre a adjudicação de um contrato público e ao procedimento de controlo de concentrações, diga-se, em jeito de balanço, que a opção legislativa prevista no n.º 3 do art. 37.º do RJC não deixa de nos causar algumas reticências.

Reticências justificadas pela presença de uma disciplina legal praticamente inócua, evidenciada, não só por uma mera habilitação formal, constante do n.º 3 do art. 37.º do RJC, mas também por uma clara autocontenção legislativa que daí resulta. Em bom rigor, e delimitados “*os objectivos públicos e resultados a atingir*”²³⁴, o escopo daquele preceito cinge-se a conferir às entidades adjudicantes a competência necessária para emitirem as normas regulamentares de execução que bem lhes aprouver e, sobretudo, sem que o legislador se tenha pronunciado sobre qualquer aspecto tocante à substância das mesmas²³⁵.

²³³ Questão que não nos compete abordar, devido à sua enorme abrangência e complexidade jurídica, respeita à eventual conduta omissiva por parte da entidade adjudicante no que respeita à previsibilidade no programa do procedimento das disposições necessárias para tornar exequível o n.º 3 do art. 37.º do RJC. Parece-nos, desde logo, que a ausência de menções obrigatórias no programa do procedimento poderá originar, não raras vezes, a invalidade do próprio programa. Pelo menos, quando assim for, o mesmo tornar-se-á impugnável, administrativamente, nos termos do n.º 2 do CCP e judicialmente ao abrigo dos arts 72.º e 100, n.º 2 e 132.º do CPTA. Neste sentido, veja-se MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, *Comentário...*, cit., pp. 662 a 666 e ainda, pp. 879 e 880. No que toca à impugnabilidade do programa do procedimento, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS FERNANDES CADILHA, fazem notar que o regime descrito no artigo 100.º, n.º 2, do CPTA detém uma índole específica face ao regime geral de impugnação de regulamentos que decorre do artigo 73.º do mesmo código (cf. *Comentário...*, cit., p. 665). Assim, e acompanhando à letra estes autores “*o artigo 100.º, n.º 2 estabelece uma clara rotura, ao admitir que o interessado possa actuar por antecipação, reagindo, desde logo, contra as ilegalidades que, à partida, possam constar do programa ou de outros documentos conformadores do procedimento, sem ter de aguardar pela prática concreta de aplicação*”. *Ibidem*.

Por outro lado, e também propósito desta omissão, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e ANA JOÃO VIDE assumem uma posição que nos parece certa, afirmando que “[n]esse caso, a inexecução do n.º 3 não deve prejudicar a plena aplicação do n.º 2”. Cf. *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense...*, cit., p. 421. Por outras palavras, a omissão da regulação da relação entre o procedimento da contratação pública e o procedimento de controlo de concentração de empresas não faz cessar a obrigação de notificação que resulta na parte final do n.º 2 do art. 37.º do RJC. Situação mais difícil parece-nos ser a eventual articulação subsequente entre estes dois procedimentos. Podemos, portanto, afirmar que estamos num terreno particularmente fértil, mas pouco explorado, onde se avizinha um palco interessante para a combinação de soluções híbridas entre estes dois ramos do Direito.

²³⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral...*, cit., p. 37.

²³⁵ Desta forma, nem se diga que a norma prevista no n.º 3 do art. 37.º da LdC se encontra balizada pelo disposto na parte final do n.º 2 do mesmo artigo e, bem assim, que quaisquer dúvidas interpretativas ou executivas nesta matéria se encontram acauteladas pelo dever que a última norma impõe. Na verdade, o n.º 2 do mesmo art. serve

A par das consequências no domínio do controlo jurisdicional da própria actividade administrativa – fruto da dúbia vinculatividade das entidades adjudicantes ao princípio da legalidade nestas circunstâncias²³⁶ –, este mesmo fenómeno de “deslegalização” e, consequente, degradação do grau hierárquico de regulação desta harmonização procedimental, remete a sua concretização para o exercício de uma competência discricionária por parte das entidades adjudicantes.

Exercício esse que, *de per si*, suscita, neste caso concreto, infundadas perturbações nas garantias de previsibilidade e de segurança jurídica dos sujeitos privados envolvidos no procedimento pré-contratual.

Tanto que, como ensina PAULO OTERO, a erosão da legalidade formal-material e tradicionalmente disciplinadora da actuação administrativa, por efeito de opções de contenção legislativa como esta, faz “*dos órgãos administrativos agentes definidores do sentido efectivo da lei*”²³⁷ e, na opinião do mesmo autor, envolve inevitáveis efeitos debilitadores das garantias dos particulares²³⁸. Sobre isto, PAULO OTERO, acrescenta ainda que “*se é da lei que resultam tais normas de previsão incompleta, é também nessa mesma lei que a Administração Pública encontrará a norma permissiva do exercício da respectiva tarefa de determinação e densificação*”²³⁹.

Por conseguinte, parece-nos inevitável concluir que o legislador não deveria ter olvidado que, à luz do modelo altamente rígido e avesso às constantes perturbações procedimentais como é aquele que resulta das directivas comunitárias relativas à Contratação Pública, a execução do n.º 3 do artigo 37.º figura um ténue e perigoso ponto de onde a perturbação da segurança e confiança jurídica pode surgir como uma consequência inevitável.

apenas para dizer qual o momento em que a operação de concentração deverá ser notificada, mas sem que essa norma jurídica assumia qualquer outra função, designadamente, na articulação procedimental ou na salvaguarda de uma coerência entre os dois regimes. No mais, e tal como teremos oportunidade de explicar, a terminologia utilizada pelo legislador na parte final do n.º 2 do art. 37.º do RJC consagra, entre várias coisas, uma solução original e incógnita, verdadeiramente perturbadora da conceptualização, que a doutrina e a jurisprudência têm reclamado na disciplina da contratação pública e onde as dificuldades interpretativas já se mostram evidentes.

²³⁶ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral...*, cit., pp. 40 a 47 e bibliografia aí citada.

²³⁷ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, 2011, p. 897.

²³⁸ Sobre esta questão importam, paradigmaticamente, as palavras de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, referidas na sua obra *Teoria Geral...*, cit. pp. 35 a 47. Numa síntese clara sobre aquilo que quisemos referir o autor oferece-nos o seguinte excerto explicativo: “[n]a verdade, como a maior intensidade do controlo jurisdicional depende da maior densidade de regulação normativa, quanto maior a abertura do quadro normativo, menos intensa é a vinculação das autoridades administrativas ao princípio da legalidade e, por conseguinte, mais rarefeito é o controlo jurisdicional, à mingua de padrões suficientemente precisos de aferição da conformidade da actuação administrativa”. Cf. *Teoria Geral...*, cit., p. 38.

²³⁹ PAULO OTERO, *Legalidade...*, cit., p. 898.

Esta conclusão baseia-se no facto de, por força do preceito *supra* mencionado, o legislador atribuir uma discricionariedade desmesurada às entidades adjudicantes, não obstante o Direito Europeu olhar de forma particularmente restritiva para os esquemas que introduzam flexibilidade nos procedimentos pré-contratuais abrangidos pelas Directivas n.º 2004/17 e n.º 2004/18²⁴⁰.

Note-se, por outro lado, que não apontaríamos para uma solução que fosse sinónimo de uma total vinculação das entidades adjudicantes a preceitos oriundos da lei. Porém, face à necessidade de conciliar princípios conflituantes em matérias de elevada complexidade e tecnicidade aliada à patente indispensabilidade em assegurar o mínimo de segurança jurídica a todos os intervenientes nos procedimentos pré-contratuais, consideramos que, nesta sede, se impunha ao legislador um nível de precisão e de *exequibilidade normativa* notoriamente acima daquilo que resulta do actual n.º 3 do art. 37.º do RJC²⁴¹.

7. DA SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL APÓS A ADJUDICAÇÃO: A NOVA FEIÇÃO DO ACTO DE ADJUDICAÇÃO.

Idealmente, quando uma entidade adjudicante inicia um procedimento pré-contratual, espera-se que este culmine com a adjudicação, o acto administrativo pelo qual "*o órgão competente para a decisão de contratar aceita a única proposta apresentada ou escolhe uma de entre as propostas apresentadas*"²⁴².

²⁴⁰ Com efeito, para lá da flexibilidade que já esteja prevista nas directivas sobre contratação pública, e que é limitada aos momentos e aos tipos procedimentais nelas expressamente identificados, pouco espaço há, no Direito Europeu, para a inovação ou a discricionariedade procedimental/instrutória, à semelhança daquilo que sucede no nosso CCP.

²⁴¹ Em situações análogas àquela que vimos a identificar, e atendendo às actuais dificuldades para um controlo jurisdicionalmente efectivo do exercício de um poder discricionário, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA propõe que, para a definição da justa medida do espaço próprio de autonomia da Administração Pública, "*o caminho deve passar, em primeiro lugar, pela redução da discricionariedade administrativa às devidas proporções e, por outro lado, pela intensificação do controlo da observância pela Administração Pública de um elenco de princípios jurídicos de conteúdo cada vez mais densificado e exigente*". Cf. *Teoria Geral...*, cit., pp. 45 e 46. A nosso ver, trata-se de uma opinião que merece integral concordância, sobrando a dúvida de se saber a razão de não ter sido este o princípio que norteou a escolha tomada pelo legislador no que toca à referida harmonização procedimental.

²⁴² Nas palavras de SÉRVULO CORREIA, mesmo "*na ausência de princípios gerais ou de normas expressas que concedam um poder de revisão das decisões preparatórias já tomadas, a sua (...) inexecução viola os preceitos procedimentais a cuja luz o completamento de uma fase ou subfase típica vincula a Administração, quanto aos efeitos já produzidos e a obriga a passar à etapa seguinte, até que atinja o acto conclusivo*". Cf. *Legalidade...*, cit., p. 699.

Pese embora o CCP referir aqui que se está perante um *dever*²⁴³, largas páginas têm sido dedicadas, pela doutrina e pela jurisprudência, a respeito da vinculação da Administração no que toca à adjudicação de um contrato *público*.

Tradicionalmente, a doutrina tendia a admitir que a entidade adjudicante poderia terminar o procedimento sem adjudicar quando tal lhe aprouvesse; no fundo, não adjudicar era uma faculdade que lhe era reconhecida²⁴⁴. Actualmente, no entanto, os vários sistemas jurídicos têm vindo a encarar a possibilidade de não adjudicação de forma crescentemente restritiva, o que parece estar em consonância com os actuais cânones da contratação pública.

Uma vez que tal matéria tem sido extensamente regulada por directivas comunitárias, não deixa de ser interessante que nada tenham dito quanto ao dever de adjudicação. Contudo, é entendimento comumente aceite que tal "silêncio" não implica que não se devam respeitar os princípios do tratado, nomeadamente da igualdade de tratamento, da não discriminação e da imparcialidade²⁴⁵.

Neste sentido, o acto administrativo da adjudicação é, assim, um acto devido²⁴⁶ e, caso não seja levado a cabo pela Administração, haverá aqui violação das vinculações que conformam o procedimento pré-contratual e causar-se-ão danos na esfera jurídica dos concorrentes que apresentaram propostas, por terem criado expectativas de que essas seriam avaliadas de

²⁴³ Encontramos no art. 76.º do CCP aquela norma que regula o "*dever de adjudicação*" e que impende sobre a entidade adjudicante, "*sem prejuízo do disposto no n.º 1 do art. 79.º*".

²⁴⁴ Referimo-nos, primeiramente, ao entendimento de MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10ª ed., 3ª reimp., Coimbra Editora, 1984, p. 604, onde o autor afirma que a Administração tem discricionariedade de decidir declarar sem efeito o concurso que já tenha chegado à adjudicação ou de recusar todas as propostas, porque entende a Administração se limita a anunciar que vai receber as propostas ou não, consoante lhe convenha; ela não é proponente. Embora "*não contestando a existência de um princípio geral de direito administrativo que habilita a Administração com o poder de não adjudicar por razões alheias à qualidade das propostas dos concorrentes*", SÉRVULO CORREIA advertia que, apesar de não ser proponente, a Administração formulava uma *oferta ao público*, pelo que a abertura de um concurso representaria mais do que uma "*simples declaração de intenção desprovida de efeitos no âmbito das relações entre a Administração e aqueles que (...) apresentam por seu turno propostas*", pelo que esta se vinculava perante o público a levar avante o procedimento pré-contratual. Assim, o princípio de não adjudicação resultava de uma reserva de revogação da proposta inicial da Administração e nunca de uma situação de total desvinculação da Administração perante os concorrentes. Cf. *Legalidade...*, cit. pp. 699 a 702.

²⁴⁵ Como esclarece CLÁUDIA VIANA, "*apesar do silêncio das directivas, só através da transparência é que é possível controlar a legalidade destas decisões pelo que a comunicação [da decisão de não adjudicação] deve ser acompanhada das razões que a justificam*". Cf. *Os Princípios Comunitários...*, cit., p. 248. Do que nos foi dado entender, apenas MIGUEL ASSIS RAIMUNDO parece ter aqui uma interpretação diferente, entendendo que por o art. 41.º da Directiva n.º 2004/18, de 31 de Março de 2004, se referir a uma possibilidade de "renúncia" à adjudicação de um contrato para o qual tenha sido aberto concurso e à possibilidade de um "recomeço" do processo de formação conforma uma espécie de *pista* no sentido de que o Direito Comunitário permite uma cláusula de reserva de não adjudicação. Cf. *A Formação Dos Contratos Públicos – Uma Concorrência ajustada ao Interesse Público*, AAFDL, 2011, pp. 960-962.

²⁴⁶ Assim, também, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS- *Contratos Públicos...*, Tomo III, cit., p. 109.

acordo com o critério de adjudicação plasmado no caderno de encargos, recaindo sobre a Administração um dever de indemnizar.

Sabendo-se então que o acto de adjudicação transporta uma natureza constitutiva de direitos, cujo escopo se prende com a formalização material da escolha de entre as várias propostas admitidas a concurso - aquela que é preferida, por parte da autoridade competente para a celebração do contrato -, vejamos, pois, as novidades introduzidas pelo original regime oriundo do Direito da Concorrência.

Refere-se a última das hipóteses previstas no n.º 2 do art. 37.º do RJC às operações de concentração que resultem de “*procedimento para a formação de contrato público*”, sendo que, em concreto, aí se consagra que a notificação prévia nestes casos deve ocorrer entre a “*adjudicação definitiva e antes de realizada*”.

Como se verá, face ao conceito *único e unitário* de adjudicação previsto no art. 73.º do CCP, as nossas dificuldades interpretativas começam logo a propósito do entendimento adoptado pelo Direito da Concorrência acerca da adjudicação. Repare-se que nada no CCP prescreve que o acto de adjudicação poderia assumir um de dois géneros, consoante a duração e natureza dos efeitos: i) “adjudicação provisória” e ii) “adjudicação definitiva”, como parece decorrer do conceito adoptado no âmbito do Direito da Concorrência através da expressão “*adjudicação definitiva e antes de realizada*”.

Não pomos em causa que desde a escolha da proposta até à celebração do contrato se interponham um conjunto de actos de natureza procedimental que preparam e condicionam o próprio acto final de celebração do contrato e, por conseguinte, que se possa mesmo defender que a escolha referida no n.º 1 do art. 73.º não tenha forçosamente um carácter definitivo, no sentido de sempre lhe seguir a celebração do contrato.

Independentemente de tal ser possível, até em virtude da própria disciplina normativa do CCP, questão ainda assim distinta parece ser aquela que resulta da opção terminológica prevista na parte final do seu n.º 2. Nestes termos, o que então nos perguntamos é se, por via da vocação expansiva do n.º 3 do mesmo artigo, as entidades adjudicantes ficam (ou não), a partir de agora, autorizadas a incluir no programa do procedimento e no caderno de encargos uma disposição que garanta uma interpretação literalmente conforme com a expressão constante na parte final do n.º 2 do art. 37.º do RJC.

E, se assim for, será que as entidades adjudicantes podem, a partir de agora, dissociar, conceptual e temporalmente, a decisão de adjudicação em duas fases: a primeira provisória e

uma segunda definitiva, sendo que só na última emerge, então, a obrigação de notificar à AdC a operação de concentração?

Pelo menos a nosso ver, adjudicar representa, na verdade, a prática de um *acto administrativo culminante na sequência jurídico-procedimental complexa em que se traduz o procedimento de selecção de co-contratante de um contrato público*. Dito isto, sendo certo que, até esse acto, os concorrentes têm uma mera expectativa de virem a ser contratantes no contrato em causa, decorre pois do acto de adjudicação o nascimento desse direito e não apenas a expectativa de o fazer²⁴⁷.

Salvo situações directamente previstas na lei, a adjudicação quer-se como uma *decisão final* do procedimento. Assim, esta decisão é igualmente, a nosso ver, um *acto definitivo* do procedimento adjudicatório, aquele que define a posição jurídica da entidade adjudicante face a todos os concorrentes que com ela estavam em relação jurídica, sem que tal implique a conclusão do procedimento com essa decisão; mas, outrossim, a passagem à fase procedimental seguinte: *a celebração do contrato*²⁴⁸.

Com a adjudicação estamos, portanto, perante um feixe de direitos, deveres e formalidades sucessivos, principais e instrumentais, da entidade adjudicante e dos concorrentes, após o que, exercidos todos eles, se fecha finalmente o procedimento pré-contratual com a celebração do contrato ao qual tendia.

No actual momento, atendendo à natureza jurídica do acto de adjudicação e, bem assim, à necessidade de *conformidade* legal a que se refere o art. 51.º do CCP, a mesma decisão não parece ser consentânea com uma descaracterização que pudesse envolver a sua decomposição em dois actos distintos e previstos no programa do procedimento e (ou) no caderno de encargos²⁴⁹. Refira-se, até, que tal inovação não teria qualquer propósito harmonizador, à luz

²⁴⁷ Também assim, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos...*, cit., p. 254.

²⁴⁸ Partilhamos do mesmo entendimento defendido por BERNARDO AZEVEDO, “Adjudicação e Celebração do Contrato no Código dos Contratos Públicos”, in PEDRO COSTA GONÇALVES (Org.) *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010, p. 224. No que toca à esquemática das várias fases do procedimento, seguimos a proposta oferecida por MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos...*, Tomo III, cit., pp. 118 a 120, na certeza porém que não ignoramos que entretanto medeia a respectiva fase preparatória onde se inclui a Entrega dos Documentos de Habilitação (cf. art. 81.º e ss. dos CCP), a Prestação de Caução (cf. art. 88.º e ss. do CCP) e, ainda, a Confirmação de Compromissos (cf. arts. 92.º a 93.º do CCP) e que, por comodidade, designaremos por *actos complementares à sua execução*.

²⁴⁹ Atendendo à natureza regulamentar do programa do procedimento e analisado com particular atenção o disposto no art. 3.º do CPA, parece hoje inequívoco para MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / JOÃO PACHECO DE AMORIM que a actuação administrativa se realiza em “obediência à lei” e, sobretudo, está lá dito claramente que ela se confina “*nos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos*” e “*em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhe forem conferidos*”. Seguindo então o entendimento destes autores, “[n]em se trata apenas, ao contrário do que à primeira vista poderia parecer, de exigências de conformidade em matéria de normas de competência e fins. Sobretudo quanto àquela segunda estatuição, é patente que o legislador não estava a pensar apenas nas normas distributivas da competência

do n.º 3 do art. 37.º do RJC, mas tão-somente teria como base salvaguardar uma interpretação literalmente conforme com o n.º 2 do mesmo preceito.

Ademais, e face ao que agora se esclareceu, refira-se que por só se habilitar a entidade adjudicante a desdobrar a decisão de adjudicação em dois actos distintos, através do exercício de um poder de auto-regulação procedimental, tal conduta, seria, à luz dos limites *supra* listados, claramente violadora do segundo limite. Tratar-se-ia com total certeza de uma inovação que desvirtuaria a *coerência interna, o projecto e o plano normativo subjacente à arrumação procedimental do Código*²⁵⁰.

Pois bem, com a notória influência desta doutrina, recusamos que a entidade adjudicante possa, por qualquer motivo, fazer prever no programa do procedimento e / ou) no caderno de encargos um normativo que ouse fragmentar o acto de adjudicação, mesmo que tal servisse para tornar o preceito literalmente equivalente à noção prevista na parte final do n.º 2 do art. 37.º do RJC²⁵¹.

Convém, por último, esclarecer o sentido da expressão “*antes de realizada*” que, de resto, é igualmente referida no n.º 2 do art. 37.º do RJC.

Enquanto consideração inicial, partimos do pensamento de MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e ANA JOÃO VIDE que, ao comentarem este inciso, indicam que o mesmo “*resulta da natureza do sistema de controlo prévio das concentrações*”²⁵². A este respeito, afigura-se, por conseguinte, razoável aprontar que o inciso em apreço desvela uma manifestação do princípio da fiscalização *ex ante* e de sentido antecipatório que está na génese do procedimento de controlo das concentrações de empresas.

Nesse sentido, quererá com toda a probabilidade dizer que, do ponto de vista procedimental, o controlo da operação se remonta justamente à fase da adjudicação, isto é,

entre os diversos órgãos, mas na própria forma e conteúdo dos poderes atribuídos: por isso mesmo, escreveu que a actuação administrativa se deve conter dentro dos limites dos poderes – e não apenas dentro dos poderes conferidos”. Cf. Código do Procedimento Administrativo - Comentado, 2ª ed., Almedina, 2010, p. 86.

²⁵⁰ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros...*, cit., p. 285.

²⁵¹ PEDRO COSTA GONÇALVES, a propósito da dúvida que suscitámos e à qual demos agora o nosso parecer, considera que “[a] lei refere-se ao envio da notificação após a adjudicação definitiva: trata-se de uma figura não prevista na lei e que não parece que os documentos do concurso possam criar”, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Concorrência e Contratação...”, cit. p. 501. Vemos, portanto, com naturalidade que a doutrina mais experimentada se mostre reticente com a opção legislativa, comentando, a propósito, que “*é verdade que, usando como paradigma o CCP, este não distingue entre adjudicação provisória e definitiva, pelo que o termo adjudicação definitiva poderá gerar alguns equívocos interpretativos*”. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e ANA JOÃO VIDE, *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense...*, cit., p. 421.

²⁵² *Ibidem*.

antes da realização de actos *complementares à sua execução* ou, até, antes da fase procedimental seguinte (*i.e.* a celebração do contrato)²⁵³.

Ultrapassadas as questões terminológicas, vejamos quais os possíveis efeitos inovadores que o novo figurino legal do RJC transporta para o momento da adjudicação. A nosso ver, a decisão de adjudicação, habitualmente entendida como um acto definitivo e auto-vinculativo, vê-se agora, por efeito do RJC, forçosamente submetida a uma *condição legal complexa*.

A mesma materializa-se na suspensão dos respectivos efeitos²⁵⁴ desde o momento da respectiva emissão e notificação à AdC e até que esta entidade profira uma *decisão de compatibilidade*²⁵⁵. Em face disto, intuímos imediatamente um conjunto de questões tocantes ao novo aspecto da decisão de adjudicação para as quais procuraremos, mais do que tudo, fornecer sugestões de reflexão, na continuidade daquilo que a doutrina já tem vindo a fazer.

Dando por adquirido que nada se questiona a propósito do dever de adjudicação, encaramos agora a questão de saber se o acto de adjudicação assume uma natureza híbrida (ou bifronte). No fundo, e por outras palavras, se o mesmo é um acto revestido de carácter ambivalente, uma vez que a sua relevância não se esgota num contexto estritamente *jurídico-procedimental*, enquanto decisão ou resolução final do procedimento administrativo adjudicatório, mas antes se estende ou alarga ao domínio pré-contratual, na medida em que concorre decisivamente para a modelação do conteúdo substantivo do contrato a celebrar na sua sequência.

²⁵³ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e ANA JOÃO VIDE sugerem que com adjectivo “*definitivo*” poderá querer-se referir ao momento subsequente à apresentação dos documentos de habilitação, prestação de caução e/ou confirmação de compromissos, nos casos em que estas exigências sejam ainda aplicáveis. Todavia, discordamos que assim seja. Note-se que tal opção hermenêutica faria inculcar que o legislador teria previsto uma solução legislativa que se mostraria excessivamente penosa e onerosa para o adjudicatário. Com efeito, este seria obrigado a cumprir todas as formalidades inerentes à preparação da celebração do contrato, realizar diligências e assumir custos financeiros que, a final, poderiam ser inteiramente votados à inutilidade. Por isso, atendendo à indeterminação do texto da norma e à luz de uma interpretação conforme com o princípio da proporcionalidade – na lógica dos três testes – a solução proposta por estes autores esbarraria no último, por se mostrar precisamente a solução legal que maior sacrifício importaria ao seu destinatário dentro de todas as que poderiam ser previstas pelo legislador. Por conseguinte, votamos pelo insucesso daquele entendimento.

²⁵⁴ Assim como destaca CAROLINA CUNHA “[e]stabelece o art. 40.º a chamada regra da suspensão da concentração”. *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense...*, cit., p. 440. Quer isto dizer que a operação de concentração sujeita a notificação prévia não pode concretizar-se, ficando, por conseguinte, suspensa, antes que se preencham duas condições cumulativas: a respectiva notificação e a subsequente decisão de não oposição por parte da AdC – quer se trate de uma decisão de primeira fase, de segunda fase ou tácita, que seja acompanhada de condições e obrigações quer não. Não parece estar em causa, ainda que *in extremis*, a procedência do procedimento de contratação pública ou, até, a celebração do contrato público que presidiu à tomada da decisão de contratar. O que parece estar em causa é apenas a concretização da operação, atendendo às características que a mesma assume em resultado da potencial criação, pelo adjudicatário, de entraves à concorrência efectiva no mercado. *Ibidem*.

²⁵⁵ A expressão *decisão de compatibilidade* visa abarcar não só as decisões de não oposição como as decisões de não oposição sujeitas a condições e obrigações. Para o efeito, ver o nosso capítulo n.º 8 e, em particular, os capítulos n.ºs 8.3 e 8.4.

Sobre esta matéria ensina BERNARDO AZEVEDO que “*de harmonia com o CCP, a celebração do contrato apresenta-se, via de regra, como uma verdadeira formalidade ad substantiam, o que determina que a emergência do vínculo contratual, que passa a ligar a entidade adjudicante e o adjudicatário, se deva filiar directa e imediatamente na celebração do contrato entre as partes e não deva, em caso algum, imputar-se simplesmente ao acto de adjudicação*”²⁵⁶.

Em bom rigor, o acto adjudicatório não é dotado de energia bastante para fazer emergir imediatamente o vínculo contratual – pois ele é apenas e só o acto com que culmina o procedimento pré-contratual, sem que, porém, tal implique que o procedimento fique concluído com tal decisão. É que à adjudicação segue-se um número significativo de formalidades e pode mesmo dar-se a hipótese de, em caso do seu não preenchimento, tal decisão *caducar*, dando lugar, no mesmo procedimento, a uma nova adjudicação a favor da proposta ordenada em segundo lugar²⁵⁷.

Coerentemente, atendendo ao n.º 1 do art. 40.º do RJC aliado ao princípio da legalidade a que a entidade adjudicante está subordinada, dizemos que, quando emergja a obrigação de notificar uma operação de concentração à AdC, se aponte, com efeito, para a presença de uma *decisão de adjudicação condicionada*: aquela cuja efectividade o órgão adjudicante torna dependente da verificação de um evento incerto e cuja ocorrência resultará tornar-se efectiva a adjudicação de efeitos até aí suspensos ou pendentes.

Sendo breves: não obstante a rigidez normativa decorrente do CCP, a decisão de adjudicação não se pode assumir categórica nas situações em que esteja em causa uma operação de concentração, pelo menos enquanto não houver uma pronúncia por parte da autoridade administrativa competente, sob pena de, à luz do Direito da Concorrência, qualquer violação implicar a ineficácia²⁵⁸ do próprio acto adjudicatório. Desta feita, enquanto corre o processo de exame concorrencial da operação de concentração existirá um *estado de incerteza* quanto ao efeito condicionado: não se sabe se o acto de adjudicação virá a ganhar

²⁵⁶ BERNARDO AZEVEDO, “Adjudicação...”, *cit.*, pp. 225 e bibliografia aí referida.

²⁵⁷ Sobre o efeito de caducidade por via do não cumprimento destas formalidades veja-se, por todos, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos...*, *cit.*, pp. 290 e ss.

²⁵⁸ O desrespeito pela regra da suspensão, isto é, a realização da operação sem a notificar nos termos previstos na última parte do n.º 2 do art. 37.º do RJC ou a realização da operação de concentração uma vez notificada antes de a AdC emitir uma decisão de não oposição tem, num primeiro plano, imediato efeito contra-ordenacional, na senda do que se encontra previsto na alínea f) do n.º 1 do art. 68.º do RJC. Num outro plano de análise, é de salientar que o desvalor jurídico que o legislador atribui aos negócios que não respeitem o dever de notificação ou violem o dever de suspensão após a notificação se concretiza, ao contrário do que sucedia no *ancien régime*, na sanção de ineficácia absoluta do negócio jurídico em apreço (*cf.* art. 40.º, n.º 6, do RJC).

eficácia, nem se o prosseguimento do procedimento pré-contratual se fará com aquele adjudicatário.

Assim, face ao dever de “*stand-still*” postulado pelo n.º 1 do art. 40.º do RJC, torna-se inevitável que o programa do procedimento, bem como o caderno de encargos, fixem uma condição, determinando que a decisão de adjudicação fica suspensa até à decisão final da autoridade da concorrência competente.

Tal circunstância não nos merece qualquer censura. Flui daquela opção legislativa a evidente impressão de que a aplicação a estes casos do disposto na alínea g) do n.º 1 do art. 70.º do CCP representaria, antes de mais, uma compressão ilegítima ao princípio do *favor participatoris*²⁵⁹.

À luz das regras matriciais do CCP, a pedra de toque do problema reside, então, no impasse que se apresenta às entidades adjudicantes, uma vez que tal análise só pode ser efectuada, pela AdC, no instante de apreciação da conformidade legal e regulamentar das propostas, o que, frisamos, figura uma estimativa prematura e extraordinariamente antecipatória dos potenciais efeitos jus-concorrenciais da concentração em apreço.

Paralela e complementarmente à luz do *princípio de especialidade*²⁶⁰ entre a competência atribuída por lei à Autoridade Administrativa responsável pela defesa e promoção de concorrência e as competências que cingem a esfera jurídica das entidades adjudicantes, não seria plausível que as estas últimas se ab-rogassem do exercício de funções daquela, mormente no que toca à minuciosa e exigente avaliação do impacto concorrencial de uma operação de concentração, mesmo que resultante de um procedimento pré-contratual público²⁶¹.

²⁵⁹ Cf. nossa nota 25.

²⁶⁰ Sobre este princípio, veja-se MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, 1996, pp. 199 e 200.

²⁶¹ Como destaca JORGE ANDRADE DA SILVA, a alínea g) do n.º 1 do art. 70.º do CCP serve apenas para os casos de práticas concertadas ou conluíus entre os concorrentes que falseiam os termos previstos nas propostas. Na verdade, nada se refere a propósito das operações de concentração que, de resto, possuem uma autonomia dogmática e sistemática no Direito da Concorrência. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos...*, cit., p. 242. Sobre essa matéria veja-se, em especial, JOÃO MOREIRA, “Cartelização em...”, cit., pp. 214 a 215. Sobre a aplicabilidade do preceito em análise, este autor conclui que o mesmo permite controlar diferentes comportamentos anti-concorrenciais realizáveis pelos proponentes em processos de adjudicação, porém ressalva que o mesmo se inspira no art. 101.º do TFUE, o qual, numa sintaxe tripartida, declara que são incompatíveis com o mercado comuns e proibidos todos os “*acordos decisões de associações de empresas e práticas concertadas que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum*”. Cf., “Cartelização em...”, cit., p. 215. Ora, não nos competindo aqui densificar o conceito de acordo, prática ou certa associação de empresas para efeitos jus-concorrenciais, note-se que, perante o silêncio da lei ou do Tratado sobre qualquer confluência entre as operações de concentração de empresas e as distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública, referidas nos preceitos aludidos nesta nota, parece ser de se impor a conclusão de que qualquer uma dessas temáticas versa sobre preocupações distintas.

Importará neste encadeamento referir que, face ao actual contexto normativo do CCP, nos parece saudável que a avaliação concorrencial da operação de concentração incida sobre o momento da adjudicação, exactamente como consagra a parte final do n.º 2, do art. 37.º do RJC. Neste caminho, NUNO CUNHA RODRIGUES considera que a aposição de uma condição suspensiva à decisão de adjudicação “*se suporta na possibilidade prevista no art. 121.º do Código do Procedimento Administrativo, de actos administrativos serem sujeitos a condição, termo ou modo, desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o acto se destina*”²⁶².

Pela nossa parte, e quanto a este ponto, permitimo-nos duvidar.

Na vertente do Direito Administrativo, já AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ ensinava: “*diz-se condição a cláusula aposta num acto ou contrato administrativo, destinada a subordinar o início ou a cessação dos seus efeitos à verificação de um evento futuro e incerto. Também se chama condição a este mesmo evento*”²⁶³. Por outro lado, importa referir que a doutrina publicista tem vivido bem com uma distinção clara entre as *condições próprias* ou em *sentido estrito* e outros regimes jurídicos que, embora semelhantes, estão todavia fora dos limites do seu tipo, isto é, as chamadas *condições impróprias*²⁶⁴.

Essencialmente, as condições impróprias não surgem apetrechadas de algumas das características qualificantes daquela figura, a saber: o carácter futuro do facto condicionante, o carácter incerto da sua verificação e o carácter negocial da sua estipulação.

Por condições legais, designadas também por *conditio iuris*, compreende-se a existência de requisitos ou pressupostos legais para que se verifique a produção de um determinado efeito jurídico. Desde logo, as condições legais não são próprias, mas antes impróprias, pois não dispõem de qualquer natureza negocial, mas sim vinculativa, uma vez que “*são estatuídas por lei*”²⁶⁵.

Contrariamente ao que sucede no âmbito das condições apostas em actos administrativos por razões discricionárias – no espectro do dever de promoção e realização do interesse público (referidas no art. 121.º do CPA)²⁶⁶, as condições legais não encontram na sua base qualquer juízo de ponderação dos interesses em jogo, *maxime*, no que trata de acautelar

²⁶² “A Adjudicação...”, *cit.*, p. 54.

²⁶³ AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, “Condição”, em *DJAP*, Vol. II, p. 551.

²⁶⁴ AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Ibidem*.

²⁶⁵ Expressão usada por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Almedina, 2005, p. 445. A propósito da suspensão legal dos actos administrativos, DIOGO FREITAS DO AMARAL ensina que a mesma não vai tão longe quanto a revogação de um acto administrativo, servindo antes, e apenas, para paralisar os efeitos jurídicos do acto por certo período de tempo. *Cf. Curso de...*, II, *cit.*, p. 509.

²⁶⁶ Assim o dizem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento...*, *cit.*, p. 569.

juridicamente o *nexo entre a compatibilidade e a adequação* das mesmas e as finalidades prosseguidas pelos actos administrativos proferidos no contexto de um qualquer procedimento administrativo.

Na verdade, a aposição de condições legais sobre determinado acto administrativo respeita a “*requisitos legais da prática do respectivo acto ou da operatividade dos seus efeitos*”²⁶⁷ e, por isso, nenhuma conciliação se requiere relativamente aos termos referidos no art. 121.º do CPA. No caso das condições legais, não existe um exame de “*compatibilidade legal*” entre o conteúdo natural do acto e a introdução de um conteúdo facultativo (*i.e.* a imposição de uma condição que altere a conformação natural dos seus efeitos para um caso concreto). Ao invés, tais condições reconduzem-nos para a existência de comandos que o próprio legislador quis prever, ou seja, *verdadeiros pressupostos da perfeição, validade ou eficácia do acto em apreço*²⁶⁸.

Pelo exposto, é de refutar o entendimento defendido por NUNO CUNHA RODRIGUES, porquanto a natureza da condição legal a que se submete o acto de adjudicação orbita em torno de um ditame de origem legal, a saber: a norma consagrada no n.º 1 do art. 40.º do RJC. Nessa ordem de ideias, a suspensão do acto administrativo por força da lei, ocorre por via da subordinação do mesmo à condição suspensiva que atrás referimos.

Torna-se, pois, crucial notar que o dever de “*stand-still*” proposto no n.º 1 do art. 40.º do RJC salvaguarda, convenientemente, a posição do adjudicatário. Com efeito, se o RJC tivesse previsto que, após o cumprimento da obrigação de notificar a operação, não se desencadearia qualquer *efeito suspensivo*, o mesmo seria dizer que o acto de adjudicação, desde que notificado, seria absolutamente eficaz e produziria todos os seus efeitos, bem como obrigaria o adjudicatário a cumprir todas as exigências da lei em matéria de habilitação, de prestação de caução, de conformação de terceiros e de negociação da minuta de contrato até que (eventualmente) se verificasse uma decisão de desconformidade por parte da AdC.

Atendendo à natureza suspensiva da condição, remete-se justificadamente para o momento da verificação do facto condicionante (*i.e.* a emissão de uma *decisão de compatibilidade*) a

²⁶⁷ Palavras cuja autoria é de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Ibidem*.

²⁶⁸ A condição legal a que o n.º 1 do art. 40.º se refere, apresenta, em primeiro lugar, uma condição de *eficácia do próprio acto de adjudicação*. O acto encontra-se, portanto, na ordem jurídica, sendo porventura válido, no entanto encontra os seus efeitos temporalmente paralisados. Em concreto, a suspensão legal depende de uma situação externa ao próprio procedimento pré-contratual, onde as realidades factuais relevantes para a sua verificação se encontram referidas no n.º 2 do art. 41.º. Por conseguinte, as mesmas em nada se confundem com uma análise à licitude jurídico-administrativa, que preside ao regular andamento de um procedimento de formação de um contrato, nos termos previstos pelo CCP, tratando-se, isso sim, de um meio indispensável ou simplesmente conveniente para salvaguardar as exigências de interesse público que o n.º 1 do art. 7.º do RJC menciona.

produção de todos e quaisquer direitos e deveres que a entidade adjudicante ou o adjudicatário tenham assumido ou se encontrem vinculados por imposição do CCP. Ademais, por via do princípio geral que decorre do art. 270.º do CC, só então pode a entidade adjudicante chamá-lo a responder por tais deveres – do mesmo modo que só a partir desse momento é que a mesma entidade se constitui no dever de com ele contratar, nos termos do procedimento pré-contratual em curso.

8. DOS EFEITOS DA DECISÃO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA SOBRE O PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL: UM CASO DE INFLUÊNCIA DETERMINANTE.

8.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

Como antecipado, quando o acto de adjudicação seja dado a conhecer ao respectivo adjudicatário, este, fica obrigado a notificar à AdC acerca da operação de concentração que daí venha a decorrer²⁶⁹. Perante o silêncio da lei, e sublinhando o que já ficou dito, o programa do procedimento deverá prever, com clareza, o prazo em que o adjudicatário deverá cumprir esta obrigação de notificação, sob pena da caducidade da decisão de adjudicação. Ademais, atendendo à regra da suspensão da concentração, até que a operação seja notificada e subsequentemente decidida por parte da AdC, a operação de concentração não poderá concretizar-se. Desta forma, mesmo após a operação ser notificada à autoridade, o acto de adjudicação conservará suspensos os seus efeitos enquanto não se verifique o facto condicionante – a emissão de uma *decisão de compatibilidade* por parte da autoridade da concorrência.

Numa formulação simples, encontramos verdadeiros pontos de contacto entre o processo de apreciação de uma operação de concentração de empresas e a noção prototípica de procedimento administrativo, tal como é narrado no CPA²⁷⁰. Em boa verdade, esta posição decorre do semelhante encadeamento e sucessão de actos jurídicos, cuja prática por uma entidade de natureza administrativa, *in casu* a AdC, arroga como desfecho a ejeção de “*acto jurídico unilateral praticado, no exercício do poder administrativo, por uma entidade pública*

²⁶⁹ Cf. art. 44.º, n.º 1, alínea b), do RJC.

²⁷⁰ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / JOÃO PACHECO DE AMORIM, em comentário ao art. 1.º do CPA, certificam que o procedimento administrativo é “*uma sucessão, como tantas outras sucessões de factos e fenómenos naturais e jurídicos, ele é contudo, uma sucessão ordenada e articulada – cada acto chamado pelo seu subsequente, em vista da produção de um resultado jurídico, consubstanciando num acto final, que pode ser um qualquer produto da actividade jurídica da Administração, seja um acto, um regulamento*”. Cf. *Código do Procedimento...*, cit., p. 45.

para tal habilitada por lei, e que produz a decisão de um caso considerado pela Administração, visando produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta”²⁷¹, isto é, um acto administrativo em sentido próprio, na acepção do art. 120.º do CPA²⁷².

Do RJC resulta que o procedimento de concentrações se inicia com a notificação e que o mesmo se poderá desdobrar em *duas fases* de apreciação da operação. A *primeira* assume uma feição mais ligeira. A *segunda*, embora eventual²⁷³, tem como escopo a realização de uma investigação aprofundada. Em qualquer caso, o procedimento de controlo de concentrações conclui-se com a emissão de uma decisão, através da qual a AdC se pronuncia sobre a admissibilidade da operação de concentração.

Neste capítulo, afastar-nos-emos de uma descrição detalhada das várias regras e interpretações jurídicas que estão na base da locomoção procedimental das operações de concentração de empresas; mas antes veremos, com particular detalhe, quais as implicações de cada uma delas para a conclusão do procedimento pré-contratual público.

8.2. DA DECISÃO DE NÃO OPOSIÇÃO.

Retomando o critério fixado no art. 41.º do RJC, diremos que a adopção de uma decisão de não oposição, quer em *primeira* como em *segunda* fase, é determinada pela conclusão de que a operação, tal como foi notificada, ou após alterações subsequentemente introduzidas, não é susceptível de *criar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional* (ou numa parte substancial deste), em particular, problemas concorrenciais

²⁷¹ Ver a definição de acto administrativo apresentada por DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, II, *cit.*, p. 239 e ampla bibliografia aí citada.

²⁷² A aplicação subsidiária do CPA neste contexto aparece por consagração expressa do legislador no art. 42.º da RJC. A propósito desta mesma conjugação, veja-se, paradigmaticamente, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Controlo de...”, *cit.*, pp. 261 e 262. Embora o RJC seja parco em alguns pontos relativos à regulamentação do procedimento que serve de base à tomada destas decisões, atente-se à norma prevista no art. 54.º do mesmo diploma. Trata-se da consagração do direito de audição dos interessados (a que se reporta o art. 100.º do CPA) o qual, por sua vez, representa parte da concretização da garantia constitucional de participação dos cidadãos nas deliberações que lhes digam respeito (*cf.* art. 267.º, n.º 5, da CRP). Observe-se que o n.º 1 do art. 54.º representa então o âmbito de aplicação subjectivo deste direito, por remissão para a noção de “*interessados*” no procedimento, estabelecida no n.º 1 do art. 47.º do RJC. Diferentemente do que sucedia no regime anterior, o direito de audiência prévia estende-se hoje, sem sombra de dúvidas, a todos os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos que possam ser afectados pela operação de concentração e que apresentem à AdC observações em que manifestem de forma expressa e fundamentada a sua posição quanto à realização da operação. Não obstante o quesito adicionalmente referido no n.º 3 do art. 47.º, o RJC alarga, assim, a todos os concorrentes que participem num procedimento pré-contratual (*i.e.* o adjudicatário e os restantes concorrentes) similar direito de participação neste procedimento administrativo especial. Sobre a presente matéria veja-se GONÇALO ANASTÁCIO e MARIA JOÃO DUARTE, *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense...*, *cit.*, pp. 556 e ss.

²⁷³ TERESA MOREIRA e RICARDO BAYÃO HORTA destacam que, para se chegar a esta fase, “*é condição sine qua non que a Autoridade decida, em resultado da existência de sérias dúvidas à luz dos elementos recolhidos quanto à operação em causa, e após a realização de uma avaliação substantiva nos termos do art. 41.º, dar início a uma investigação aprofundada*”. *Cf. Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense...*, *cit.*, p. 541.

decorrentes da criação ou reforço de uma posição dominante. Neste sentido o art. 50.º, n.º 1, alínea *b*), bem como o art. 53.º, n.º 1, alínea *a*), todos do RJC²⁷⁴.

Infere-se da designação “*decisão de não oposição*” a expressão que a lei atribui ao acto administrativo que permite ou autoriza a realização de uma operação de concentração.

Por conseguinte, existe uma confluência natural entre a decisão de não oposição e a noção jurídico-administrativa de *autorização* apresentada por DIOGO FREITAS DO AMARAL²⁷⁵, a propósito da categoria dos actos administrativos de índole permissiva. No essencial, a decisão de não oposição equipara-se a um acto pelo qual um órgão administrativo permite a alguém o exercício de direitos já integrantes da sua esfera jurídica – portanto, de uma autorização meramente permissiva e não constitutiva²⁷⁶.

E o mesmo raciocínio pode estender-se, ainda mais evidentemente, a casos em que o direito em causa é justamente conferido pela decisão de adjudicação no seio de um procedimento pré-contratual. Conforme se referiu *supra*, o acto de adjudicação enxerta na esfera privada do adjudicatário o direito à celebração do contrato. Numa lógica simplista, ele é, desde esse momento, não mais titular de uma expectativa, mas sim do direito à celebração daquele contrato. Por conseguinte, a decisão de não oposição conforma um acto administrativo praticado no seio de um procedimento de controlo preventivo de operações de concentração que *legitima o exercício do direito* previamente existente na esfera do destinatário (por via do acto de adjudicação) e, bem assim, à prossecução do procedimento pré-contratual com aquele adjudicatário.

²⁷⁴ Convém, antes de mais, clarificar que o legislador confere autonomia conceptual às *decisões de não oposição complexas* (vulgo, decisões de não oposição acompanhadas de condições e obrigações), previstas nos arts 50.º, n.º 2 e 53.º, n.º 3, todos do RJC, respectivamente para decisões tomadas em *primeira* ou *segunda* fase. Por isso, trataremos da mesma em separado no nosso capítulo n.º 8.4.

²⁷⁵ Cf. *Curso de...*, II, p. 288. A propósito deste conceito, o mesmo autor ensina que “[a]qui, portanto, a situação é a seguinte: alguém é titular de um direito subjectivo, mas a lei estabelece que esse direito só poderá ser exercido mediante autorização prévia, dada caso a caso pela autoridade administrativa competente, pelo que o particular, se pretender exercer o seu direito, tem de dirigir-se à Administração Pública, requerendo que lhe seja conferida a autorização para esse fim”. Como também escreve ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, com a autorização “considera-se (...) que o exercício de certos poderes por um sujeito privado vai potencialmente entrar em conflito com um interesse público e que se torna indispensável que uma autoridade pese os dois termos da contraposição para garantir que a satisfação do interesse privado só possa ter lugar se for possível equilibra-lo com a realização de finalidades públicas. Ou então que surjam dois interesses públicos de grau diverso, cuja possibilidade concreta de conciliação deve ser averiguada por um órgão administrativo”. Cf., *Direito Administrativo I*, Universidade Católica Portuguesa, 1978, p. 111.

²⁷⁶ Repare-se, portanto, que na opinião de DIOGO FREITAS DO AMARAL “[o] direito pertence ao particular, não é a autorização que lho confere: ele já é titular do direito, mas o respectivo exercício está condicionado pela necessidade de obter uma autorização prévia da Administração Pública”, *Curso de...*, II, cit., p. 288. A propósito da distinção entre actos permissivos e constitutivos no domínio do Direito Administrativo, interessa ver o que nos diz MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento...*, cit., pp. 478 e 479.

Lançando a abordagem às consequências impostas pela decisão *supra* enunciada no procedimento pré-contratual, note-se que, no caso de se verificar uma decisão de não oposição, cessará a suspensão da decisão de adjudicação, à semelhança do que ocorre com a *verificação da condição*, nos termos explicitados pela doutrina civilista²⁷⁷.

Deste prisma, a precariedade da situação jurídica existente até esse momento dá lugar ao início da produção de efeitos, não só do acto suspenso, como também dos prazos previstos no programa do procedimento – alusivos ao cumprimento de todas as formalidades e obrigações a que o adjudicatário está vinculado. Nesta sequência, a decisão de não oposição permite retomar, integralmente, o sentido decisório da adjudicação. Com efeito, tendo havido lugar ao cumprimento das formalidades previstas nos arts 81.º, 88.º e 91.º, todos do CCP, o adjudicatário passará à fase seguinte do procedimento pré-contratual- a saber - *a fase de celebração do contrato*.

8.3. DA DECISÃO DE OPOSIÇÃO.

Conquanto só possa ser tomada na *segunda fase*, após investigação aprofundada, o procedimento de controlo de concentrações pode ter como desfecho uma decisão de oposição (ou proibição) da concentração²⁷⁸. Contrariamente ao que sucede no juízo da tomada de uma decisão de não oposição, a decisão de oposição materializa a conclusão de que a operação em causa provocará entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional (ou numa parte substancial deste), decorrentes da criação ou reforço de uma posição dominante²⁷⁹.

Coerentemente, seguindo a dicotomia exposta no ponto anterior, se a decisão de não oposição corresponde a uma *autorização*, a decisão de oposição já equivale a uma *proibição*. Por outras palavras: esta última consiste no exercício “*de um poder de veto à realização da operação pretendida*”²⁸⁰. Ainda a pretexto do que agora se disse, sabe-se que, em regra, os

²⁷⁷ Veja-se, por todos, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, cit., p. 452.

²⁷⁸ Do ponto de vista empírico, CAROLINA CUNHA salvaguarda que “*em termos estatísticos, são raras as decisões de proibição, correspondendo geralmente a casos em que nenhum dos compromissos avançados pelas partes é susceptível de afastar os efeitos nocivos da operação para a estrutura concorrencial do mercado*”. Cf. *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense...*, cit., p. 549. A título de exemplo vejam-se as Decisões da Adc no âmbito dos Procs: Ccent. n.º 37/2004 *Barraqueiro/Arriva*, de 25.11.2005, Ccent. n.º 45/2004 *Galp/Esso*, de 14.12.2005 e, ainda, Ccent. n.º 12/2009 *TAP/SPdH*, de 13.11.2009.

²⁷⁹ Cf. art. 41.º, n.º 4, do RJC. Como se percebe, a aplicação do teste da concorrência efectiva prevê, no n.º 3 do art. 41.º do RJC, que as operações sejam autorizadas desde que “*não sejam susceptíveis de criar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte significativa deste*”.

²⁸⁰ Expressão da autoria de PEDRO COSTA GONÇALVES, “Controlo de...”, cit., p. 278.

actos administrativos de proibição se afiguram decisões de efeitos jurídicos positivos, isto é, a imposição de uma “*obrigação de não fazer*”²⁸¹.

Todavia, a decisão de oposição da AdC não introduz qualquer modificação no ordenamento jurídico, pois, “*a proibição não é, em rigor, determinada, com efeitos constitutivos, pela Autoridade da Concorrência, mas antes pela lei: no exercício do seu poder de apreciação, a Autoridade pronuncia-se no sentido de que, por preencher os pressupostos de uma proibição legal, a operação de concentração projectada não pode realizar-se*”²⁸².

Parece então que, com a decisão de oposição se está, outrossim, perante o que DIOGO FREITAS DO AMARAL classifica como actos administrativos negativos: *aqueles que consistem na recusa de introduzir uma alteração na ordem jurídica* face a uma pretensão apresentada pelo sujeito privado – *in casu* o notificante²⁸³. Ademais, a decisão de não oposição não produz qualquer alteração na ordem jurídica.

A nosso ver, portanto, a eventual realização da operação de concentração proibida pela AdC não figura uma desobediência a um comando administrativo – pois como se disse este acto não possui qualquer efeito constitutivo²⁸⁴, mas a *violação de uma proibição legal*²⁸⁵.

Como veremos de seguida, verdade é que este caso apresenta repercussões complexas no procedimento pré-contratual público.

Em face da subordinação da entidade adjudicante à lei, a decisão de oposição determina, em relação ao procedimento pré-contratual, a impossibilidade de verificação da condição legal que determinou a suspensão da decisão de adjudicação e, concomitante, procedimento pré-contratual.

²⁸¹ Cf. Ver PEDRO COSTA GONÇALVES, “Revogação (de actos administrativos)”, em *DJAP*, VI, p. 315.

²⁸² Assinalando o facto no tempo em que vigorava a LdC, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Controlo de...”, *cit.*, p. 278.

²⁸³ DIOGO FREITAS DO AMARAL elenca como exemplos paradigmáticos destes actos: i) a omissão de um comportamento devido, ii) o silêncio voluntário perante um pedido apresentado à Administração por um particular, e finalmente iii) o indeferimento expresso de uma pretensão apresentada. Cf. *Curso de...*, II, *cit.*, p. 313.

²⁸⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, classifica o acto constitutivo como aquele em que “*a génese dos efeitos inovadores que dele resultam lhe é directa e integralmente imputável, de modo que (i) o particular, antes do ato, se encontra numa posição jurídica diferente daquela que detém após a sua emanção, e que (ii) a modificação lhe é imputável ao conteúdo do próprio ato administrativo*”. Cf. *Teoria Geral...*, *cit.*, p. 136. Porém, e em face do que estabelece o n.º 4 do art. 41.º do RJC, a decisão de oposição assenta na verificação de uma circunstância sem que à respectiva declaração se possa associar a introdução de um efeito constitutivo. No mais, a emissão de uma decisão de oposição resulta do reconhecimento da existência de uma situação objectiva que resultam directamente da lei e, por isso, o efeito produzido em resultado idêntico ao que se encontra previsto na lei.

²⁸⁵ A decisão de oposição é, desde logo, um acto cujo conteúdo meramente declarativo se evidencia na recusa de introdução de uma modificação na ordem jurídica. Por aquilo que se encontra exposto no n.º 4 do art. 41.º do RJC é, de admitir que a pronúncia da AdC cumpre o reconhecimento de uma proibição que resulta *ope legis*. Complementarmente, assinala-se que o art. 53.º, n.º 4, do RJC fere de nulidade os negócios jurídicos celebrados pelas empresas que violem a decisão de proibição.

Em relação à situação jurídica do adjudicatário, a conclusão que retiramos é a de que aquele terá, então, perdido a possibilidade de obter os benefícios económicos que resultariam da execução do contrato. Há que compreender em que termos isso se irá processar.

Para NUNO CUNHA RODRIGUES, estamos “*neste caso, perante uma causa de não adjudicação que, apesar de não estar expressamente prevista no CCP pode ser enquadrada, por interpretação extensiva, na alínea d) do art. 79.º, n.º 1 daquele Código*”²⁸⁶. O mesmo autor defende ainda que, neste contexto, não se deve conferir qualquer direito indemnizatório ao adjudicante. No que toca à continuação do procedimento, é também opinião deste autor que a “*entidade adjudicante pode adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente*”²⁸⁷.

Destarte, note-se que a solução avançada por NUNO CUNHA RODRIGUES, por um lado, se baseia no mesmo contexto em que cresce a solução (atípica) apresentada, em primeira linha, por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA – a *adopção de uma decisão de não adjudicação posterior à adjudicação*²⁸⁸ – e, por outro encerra a problemática mediante a aplicação da regra prevista no CCP para os casos em que se verifique a caducidade do acto de adjudicação, isto é, a adjudicação da proposta ordenada em lugar subsequente. No seu seio, esta posição consubstancia uma fusão entre os pressupostos que presidem à doutrina da *decisão de não adjudicação posterior à adjudicação* e a aplicação analógica²⁸⁹ do *subprocedimento de adjudicação*²⁹⁰, que se encontra previsto no CCP para os casos de caducidade da adjudicação.

²⁸⁶ NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação...”, *cit.*, p. 57.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ Como acentuam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, conquanto se trate de uma decisão de natureza especial, não se assume como pressuposto da decisão de não adjudicação que não haja sido ainda proferida uma decisão de adjudicação. Por conseguinte, os mesmos autores consideram que não é de excluir a possibilidade de, embora excepcionalmente, ser decidida a não adjudicação, mesmo após ter sido proferida decisão de adjudicação, “*particularmente no caso de ela se fundar em factos supervenientes (ou de conhecimento superveniente) à decisão de adjudicação, com que a entidade adjudicante não contou ou não podia contar e que objectivamente, sem margem para dúvida, implicam uma alteração relevante de aspectos fundamentais das peças do procedimento ou representam uma adulteração grave dos pressupostos da decisão de contratar, fazendo com que o contrato a celebrar se tornasse inútil ou contrário, nas suas linhas essenciais, aos interesses actuais da entidade adjudicante (ou, então, houver entretanto uma alteração sensível da orientação político-administrativa da entidade adjudicante, publicamente conhecida e prosseguida, com idênticas consequências sobre a utilidade ou adequação do contrato)*”. Cf. *Concursos e Outros...*, *cit.*, pp. 1043 e 1044. A favor desta posição, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos...*, *cit.*, p. 275.

²⁸⁹ Referimo-nos à aplicação analógica, pois, embora o CCP se refira a algumas situações em que a adjudicação caduca devendo o órgão competente para a decisão de contratar adjudicar a proposta ordenada em lugar subsequente (*maxime* arts. 86.º, n.º 2; 87.º; 91.º, n.º 2; 93.º, n.º 2; 105, n.º 2; 180, n.º 1 e 2, todos do CCP) nenhum desses preceitos se subsume ao cenário em que a AdC profere uma decisão de oposição.

²⁹⁰ Definição pertencente a MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros...*, *cit.*, p. 1029

Salvo o devido respeito, a dificuldade que sentimos em aderir a este entendimento prende-se, prontamente, com o pressuposto em que se baseia a aplicação ao presente caso da figura (atípica) da *decisão de não adjudicação posteriormente à adjudicação*. Senão vejamos:

Quando uma entidade pública decide iniciar um procedimento para a adjudicação de um contrato público actua, obviamente, após proceder ao estudo das conjunturas tidas por decisivas, aliás, directamente conexas à realização de interesses públicos que legalmente lhe caiba satisfazer. Não só por essa razão, mas também em face da natureza jurídica detida pelo caderno de encargos, o procedimento pré-contratual guia-se, portanto, pelo *dever de adjudicação* tal como antes foi antes apresentado²⁹¹.

Porém, e por respeito ao próprio princípio da legalidade, o CCP sentiu necessidade de prever com rigor quais as circunstâncias em que a entidade adjudicante pode, então, decidir não adjudicar [cf. art. 79.º, n.º 1, alíneas a) a f), do CCP].

Coerentemente, a interpretação literal do art. 79.º, n.º 1, do CCP ("não há lugar à adjudicação quando") não permite responder ao seguinte problema: será então pressuposto legal da decisão de não adjudicação que não haja ainda sido proferida uma decisão de adjudicação?

Assim, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA colocam a muito relevante questão de saber se a decisão de não adjudicação pode ainda ter lugar, mesmo que tenha havido adjudicação. Isto porque, do ponto de vista literal, e olhando para as disposições da lei sobre a não adjudicação, a começar pelo proémio do art. 79.º do CCP, a resposta não é unívoca e, do ponto de vista sistemático, poderia "*dizer-se o mesmo, pois, a haver adjudicação, certamente que o art. 79.º, n.º 4, por um lado, referir-se-ia também ao adjudicatário, não apenas aos concorrentes, sendo evidente, por outro lado, que só àquele, não a estes, se atribuiria o direito à indemnização pela decisão de não adjudicação quando fundada num dos motivos das alíneas c) e d)*"²⁹².

Na falta de outro enquadramento mais adequado, os mesmos autores concluem que após o acto de adjudicação, se houver verdadeira razão superveniente de *imprestabilidade ou inutilidade do contrato*²⁹³, existe, portanto, uma causa legítima para sua não celebração,

²⁹¹ Vide o nosso capítulo n.º 7. Sobre a natureza jurídica do caderno de encargos, Cf. JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Temas de Contratação...*, cit., p. 278.

²⁹² *Concursos e Outros...*, cit., p. 1045.

²⁹³ Nesta expressiva síntese, os autores incluem as situações de manifesta e grave inutilidade ou inadequação do contrato, o que, faria com que a entidade adjudicante recebesse uma obra, um bem ou um serviço objectivamente imprestáveis, com desperdício de dinheiros públicos. Cf. *Ibidem*.

atendendo à presença de motivos imperiosos de interesse público ou, também, pela impossibilidade ou total inutilidade do objecto do contrato.

A verdade é que perpassa nesta questão a dialéctica entre os interesses da entidade adjudicante e os do concorrente, ou seja, o equilíbrio difícil entre a salvaguarda e a segurança jurídica relativamente ao direito já constituído na esfera jurídica do adjudicatário, por uma parte, e as eventuais (e imprevisíveis) situações em que a outorga de um contrato se revelará gravemente inútil e inadequada para a prossecução do interesse público, por outra.

Portanto, com a mesma finalidade em que BERNARDO AZEVEDO advoga não fazer sentido obrigar a administração à celebração de um contrato público, sempre que (e desde que) a isso se oponham relevantes motivos de interesse público: consolida-se a hipótese, entre nós, da admissibilidade de uma *decisão de não adjudicação posteriormente à adjudicação* ²⁹⁴.

Aquilo que se retira imediatamente deste postulado é que a decisão de não adjudicação proferida após a adjudicação serve de base, a final, a uma revogação da decisão de adjudicar, com prejuízo do regime do art. 140.º do CPA. O que, de resto, só se admitirá se a mesma assentar no pressuposto claro de que essa é a única via possível para alcançar um resultado excepcional (mas necessário) causado pela ocorrência de *factos graves e anormais para um interesse público essencial*, mais relevante do que os interesses que se querem preterir, isto é, a consagração de um verdadeiro *estado de necessidade*, nos termos do art. 3.º, n.º 2, do CPA.

Resumindo, há em qualquer caso no CCP uma figura singular que atribui à entidade adjudicante o poder de não adjudicar – a decisão de não adjudicação (*cf.* art. 79.º do CCP). Ora, tanto nos casos em que uma decisão de adjudicação é proferida no momento plausível (*i.e.* após o termo do prazo de apresentação das propostas), como naqueles em que a decisão de não adjudicação é posterior à adjudicação, esta deliberação será, invariavelmente, um acto administrativo pelo qual o órgão adjudicante determina que, não obstante estarem formalmente preenchidos (ou em vias de preenchimento) os pressupostos e requisitos da

²⁹⁴ Contra a taxatividade das causas de não adjudicação elencadas nas alíneas do n.º 1 do art. 79.º do CCP e votando pela valorização da preservação da reserva de competência das entidades adjudicantes sobre a criação dos instrumentos que melhor sirvam para prosseguir o interesse público, o autor ajuíza com propriedade que “*deve, por isso, e não obstante as tendências, que se avolumam, de signo inverso, votar-se, em face de uma leitura integrada e articulada dos princípios e normas relevantes no quadro singular do direito dos mercados públicos, quer pela aceitabilidade da aposição, por parte da entidade adjudicante, de cláusulas de não adjudicação nos programas do concurso, quer pelo reconhecimento ao órgão competente para a decisão de contratar do direito de optar, definitivamente, em homenagem a razões de superior interesse público, por uma decisão final de denegação do acto de adjudicação, pelo menos sempre que em causa estejam contratos administrativos relativamente aos quais valha a cláusula de sujeição*”. “Adjudicação e...”, *cit.*, p. 243. Embora BERNARDO AZEVEDO não discorra directamente acerca da temática das decisões de não adjudicação pós adjudicação, infere-se do sentido maximalista das suas palavras uma posição, apesar de tudo, consentânea com aquela que é defendida por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, sempre que se queiram proteger motivos imperiosos de interesse público.

decisão de adjudicação, *existem circunstâncias que obstam à atribuição do direito à celebração do contrato a qualquer um dos concorrentes em função das propostas por ele apresentadas*. Donde, se imporá a conclusão de que a consequência imediata será a decretação de extinção do procedimento pré-contratual em causa.

É justamente aqui onde pensamos que reside o paradoxo insanável entre os efeitos de uma decisão de não adjudicação e os reflexos da decisão de oposição (de uma concentração) no procedimento de contratação pública.

Coerentemente, a subordinação da decisão de adjudicação a uma condição suspensiva resulta da necessidade sentida pelo legislador em articular dois regimes que, não obstante servirem interesses diferentes, se cruzam, por força da disposição da actividade do adjudicatário, ou seja, do impacto económico que decorrerá da concretização daquela concentração para estrutura do mercado onde a actividade é prestada.

Como se tem reiterado até este ponto, partimos do pressuposto que os efeitos do acto de adjudicação se encontram suspensos enquanto decorre o procedimento de controlo de concentração. Com efeito, tal efeito suspensivo levantar-se-ia no momento da verificação da condição – a emissão de uma *decisão de compatibilidade*.

Logicamente, no caso de nos acharmos perante uma decisão de oposição, falecem quaisquer expectativas de se verificar o facto condicionante. Todavia, e como se frisou, a decisão de não oposição não consiste na prática de um acto expressamente destinado a extinguir os efeitos jurídicos de um procedimento pré-contratual, pois não assume qualquer pretensão revogatória em relação ao acto de adjudicação, nem tão pouco em relação à decisão de contratar.

Por outro lado, a imposição do art. 40.º, n.º 1, do RJC subordina o acto de adjudicação à condição de natureza suspensiva (e não resolutiva), motivo pelo qual a cessação dos efeitos desta decisão não se assume como um evento natural. Da nossa parte, e na ausência de melhor entendimento, parece-nos que o facto jurídico aqui em causa se assemelha à casualidade descrita no n.º 1 do art. 275.º do CC.

Na linha do que ensinam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA²⁹⁵, bastando a certeza de que a condição não se poderá verificar (*i.e.* a operação não será autorizada, porquanto se emitiu uma decisão de oposição), tudo se passa como se o acto (*in casu*, acto de adjudicação) não pudesse mais concluir os seus efeitos. Na prática, mas sobretudo face ao que expõe o art. 270.º do CC, uma vez que a eficácia do acto de adjudicação se encontra legalmente

²⁹⁵ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 1987, p. 254.

“congelada”, porque condicionada à emissão de uma *decisão de compatibilidade* por parte da AdC, até esse momento a adjudicação pode, sem sombra de dúvidas, deparar-se com uma circunstância de não poder sequer vir a produzir qualquer efeito juridicamente relevante.

E, este cenário parece particularmente evidente se nos apoiarmos, ainda, no facto de o desrespeito por uma decisão de oposição ditar que a entidade adjudicante actua em violação de uma proibição legal, contrariando a lei e, bem assim, em manifesta desconformidade com o princípio da legalidade ao qual se subordina irrevogavelmente.

Em coerência, a emissão de uma decisão de oposição figura a circunstância de o acto de adjudicação se ver definitivamente impedido de produzir qualquer efeito²⁹⁶, isto é, caducar²⁹⁷ por imposição automática da própria lei.

Em termos muito simples, o problema aqui em apreço respeita à ocorrência de uma vicissitude que, ao repercutir-se sobre a decisão de adjudicação, conduz, a final, à mera impossibilidade de ser celebrar o contrato em apreço com o adjudicatário inicialmente escolhido pelo procedimento pré-contratual.

A extinção dos efeitos jurídicos do acto de adjudicação, por via de uma decisão de oposição, não sugere, de todo, uma ideia semelhante à revogação da decisão de adjudicação, através de uma *decisão de não adjudicação posterior à adjudicação*. Como se frisou, esta última assenta na finalidade de encerrar – definitivamente – aquele procedimento pré-

²⁹⁶ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, embora a propósito da teoria geral dos negócios jurídicos, clarificam que “[n]essa altura, tratando-se de condição suspensiva, tudo se passa como se o negócio não tivesse sido concluído”. Cf. *Ibidem*.

²⁹⁷ A caducidade da adjudicação é hoje em dia um fenómeno claro para o CCP. Com efeito, analisando o regime do Código, verifica-se que este diploma prevê expressamente algumas causas da caducidade da decisão de não adjudicação, postulando igualmente a extinção dos efeitos jurídicos na esfera do adjudicatário. A primeira questão que haveria a saber era se o acto administrativo de adjudicação apenas caduca nos casos consagrados *ex professo* na lei ou se, pelo contrário, a par dessas causas específicas de caducidade, a decisão de adjudicação continua a encontrar-se sujeita à verificação das causas gerais de caducidade dos actos administrativos. Sobre esta matéria teremos oportunidade de nos pronunciar. Por outro lado, não escondemos que a aplicação deste conceito à particular questão que nos ocupa assumir-se-ia, à partida, útil pela segurança e autonomia jurídica que a mesma mostra quer na teoria geral do Direito, quer no CCP. Ora, já no panorama civilista, MANUEL DE ANDRADE definia a caducidade ou preclusão como “*instituto por via do qual os direitos potestativos se extinguem pelo facto do seu não exercício prolongado por certo tempo*”. Cf. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Almedina, 1997, p. 148. Admitindo-se a realidade autónoma da extinção de direitos, segundo a doutrina dominante, o mecanismo jurídico da caducidade no Direito Administrativo jaz, desde sempre, em “*razões de certeza do comércio jurídico, comandadas pelo interesse público que é o interesse da comunidade dos sujeitos jurídicos: certos direitos devem ser exercidos dentro de certo prazo, de modo a não permitir-se que as situações jurídicas concretas sejam afectas pela incerteza duma mobilidade prejudicial aos valores objectivos de segurança*”. NUNO CABRAL BASTO, Cf. “Caducidade”, em *DJAP*, Vol. II, p. 48. Coerentemente, aquilo que está em causa no nosso caso é, igualmente, uma impossibilidade ou inutilidade que o ordenamento jurídico reconhece àquele acto de adjudicação após o decurso de um prazo (o correspondente à duração do procedimento de controlo de concentrações). A semelhança do que ensina ANA PRATA a propósito da caducidade, existe igualmente aqui uma extinção dos efeitos jurídicos do acto de adjudicação “*em virtude da verificação de um facto jurídico strictu sensu*”, em concreto, pela produção de efeitos jurídicos da decisão de oposição da AdC à qual aquele se subjugou. Cf. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 3ª ed., Almedina, 1995, p. 169.

contratual considerando, pois, existe um quadro factual de natureza excepcional capaz de votar aquele contrato público à situação da sua completa imprestabilidade.

Por seu turno, o cumprimento da vinculação legal decorrente de uma decisão de oposição imporá, unicamente, a cessação todos os direitos e deveres ou ónus que se houvessem constituído para a entidade adjudicante e para o adjudicatário por força daquela adjudicação, designadamente, o direito do adjudicatário à celebração do contrato. Parece, pois, inatacável que, na óptica da entidade adjudicante, se conservam plenamente as razões de interesse público que suscitaram o desenho das características essenciais do contrato a celebrar, bem como todos os pressupostos que ditaram aquela decisão de contratar²⁹⁸.

Em reforço do que agora se disse, urge sublinhar que estamos perante um caso em que a causa determinativa da ineficácia do acto de adjudicação resultara, na prática, da concreta configuração que estrutura da actividade empresarial prosseguida pelo próprio adjudicatário presente no(s) mercado(s) relevante(s) em apreço.

Portanto, damos por garantido que a aplicabilidade do *teste da concorrência efectiva* versará, naturalmente, sobre a globalidade da actividade relevante que for prosseguida pelo adquirente do controlo sobre o activo em causa naquele procedimento pré-contratual. Tal exercício é, de resto, conduzido por um juízo de prognose em termos de efeitos futuros na concorrência dos mercados tidos como relevantes. Ora, para efeito do mesmo, NUNO CUNHA RODRIGUES destaca de forma pertinente que “[i]mporta, por conseguinte, e face à adjudicação de um contrato de concessão, determinar a concorrência efectiva existente, nomeadamente face ao grau de dominância detido pelo (futuro) concessionário, o que se reconduz a uma medição do seu poder de mercado, efectuada com recurso a critérios atinentes à estrutura do mercado e da empresa em causa, por um lado, e critérios atinentes ao comportamento da empresa, por outro, nomeadamente face à possibilidade de surgimento de uma posição dominante”²⁹⁹.

Por outro lado, como fluem das razões expendidas, não obstante se tratar de um evento incerto e de concretização imprevisível, o motivo para a emissão de decisão de não oposição (situação favorável em que pode desembocar o procedimento de controlo de concentrações)

²⁹⁸ Como se sabe, a decisão de contratar (prevista no art. 36.º do CCP) é o acto pelo qual uma entidade adjudicante decide recorrer ao mercado em vista da satisfação de uma determinada necessidade sua. Sobre a matéria, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA oferecem a seguinte síntese explicativa: “[s]ão assim pressupostos da decisão de contratar os seguintes: há uma necessidade (materializada na aquisição de uma certa obra, serviço ou bem), de que ela deve ser satisfeita de determinado modo (através de determinado tipo de contrato), de que com isso não se prejudicam quaisquer interesses públicos ponderosos, de que a entidade adjudicante não dispõe dos meios adequados ou necessários à sua satisfação e de que dispõe das quantias necessárias para pagar ao co-contratante”. *Concursos e Outros...*, cit., p. 1048.

²⁹⁹ NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação...”, cit., p. 67.

ou para a emissão de decisão de oposição (situação desfavorável em que pode, igualmente, desembocar o procedimento de controlo de concentrações) decorre da actividade empresarial prosseguida pelo próprio concorrente. Desta feita, mas sobretudo de harmonia com os princípios gerais de Direito, isto conduz à imputação da incerteza quanto à *eventualidade danosa potencial* na esfera do adjudicatário³⁰⁰. Donde, a extinção de efeitos do acto de adjudicação não é, por qualquer motivo, imputável à entidade adjudicante, pelo que esta não se constituirá responsável pelos prejuízos que o adjudicatário tenha porventura sofrido em virtude da decadência daquela decisão adjudicatória, assim como de não se honrarem os compromissos de celebração do contrato.

Finalmente, no que respeita ao procedimento pré-contratual, uma vez que a entidade adjudicante pretende prosseguir o procedimento e satisfazer a necessidade pública que presidiu à decisão de contratar, abrir-se-á, nestas circunstâncias, um *subprocedimento de adjudicação subsequente*.

Em abstracto, poder-se-á insinuar que os casos que expressamente dariam lugar a uma adjudicação subsequente refere-os o CCP, todos, a situações nele previstas de caducidade da adjudicação³⁰¹. Contra a taxatividade de tais hipóteses, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA advogam que estes casos reproduzem, muito provavelmente “*aflorações, mais ou menos comuns, dos casos em que pode recorrer-se legalmente a tal figura, quando uma adjudicação inicial caia por razões alheias à sua invalidade*”³⁰².

Com influência evidente, esta doutrina, aliada à importância do princípio do aproveitamento dos actos e procedimentos administrativos – evitando que se desperdicem os custos e as demoras do procedimento pré-contratual – leva-nos a julgar que em situações como esta, em que a entidade adjudicante é alheia, o procedimento continuará apto a servir os interesses para que foi aberto. Sem embargo, assente que o CCP não contém qualquer preceito que se subsuma ao cenário de chamamento da proposta ordenada em lugar subsequente nos

³⁰⁰ Por outras palavras, queremos aqui dizer que o risco relativo à verificação de uma *decisão de oposição* corre, inteiramente, por conta do adjudicatário. Tal ilação baseia-se no facto de o factor determinante da ocorrência daquela situação desfavorável (*i.e.* decisão de oposição) respeitar à tutela exclusiva da sua situação e actuação jurídica. Por todo o exposto, pensamos até compete ao próprio assumir-se responsável por acautelar (previamente) a possibilidade de ser ou não sujeito a tal situação. No mesmo sentido, NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação”..., *cit.*, p. 58.

³⁰¹ Neste sentido, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos*..., *cit.*, p. 288.

³⁰² Cf. *Concursos e Outros*..., *cit.*, p. 1045. Destaque ainda para o mais recente estudo a propósito, da autoria de MARCO CALDEIRA, onde o autor afirma que é inquestionável que as causas de caducidade da adjudicação elencadas no CCP são de natureza específica, porém incapazes de prejudicar a aplicação, simultânea, de quaisquer outras decorrentes dos termos gerais do Direito Administrativo. Cf. “Sobre a Caducidade da Adjudicação no Código dos Contratos Públicos”, in PEDRO COSTA GONÇALVES (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. IV, 2013, Coimbra Editora, pp. 448 a 485 e, em especial, pp. 463-66.

casos em que a autoridade da concorrência profere uma decisão de oposição. Por conseguinte, tudo indica que “a adjudicação da proposta ordenada em lugar subsequente – deve estar expressamente contemplada no programa do concurso atendendo a que o CCP não se refere a este cenário”³⁰³ e, acrescentaríamos nós, através e em execução da norma habilitante consagrada no n.º 3 do art. 37.º do RJC.

Faremos, por último, duas ressalvas. A primeira, e mais relevante, para recordar que a comunicação à entidade adjudicante da decisão da AdC levanta a suspensão do prazo da obrigação de manutenção das propostas. Assim sendo, porque só nessas circunstâncias é que os concorrentes sucessivamente chamados para o efeito estão vinculados à adjudicação subsequente – não podendo recusá-la legitimamente – a (segunda) adjudicação deverá ocorrer até ao termo desse mesmo prazo (*cf.* art. 65.º do CCP). Uma outra ressalva a propósito das formalidades da adjudicação subsequente: deve a mesma ser decidida e notificada a todos os concorrentes, é dizer, ao novo adjudicatário e aos concorrentes dele subsequentes, nos termos dos arts 76.º e 77.º do CCP – mencionando-se a extinção de efeitos da adjudicação inicial e explicitando-se, se for oportuno por razões de transparência, o motivo que a determinou.

8.4. DA DECISÃO DE NÃO OPOSIÇÃO COM CONDIÇÕES OU OBRIGAÇÕES.

Como temos vindo a sugerir, o sistema de decisões administrativas em matéria de controlo de concentrações não é *binário*, mas *ternário*³⁰⁴ – são efectivamente três as decisões possíveis: não oposição, proibição e não oposição com condições e obrigações.

Nunca se revela ocioso relembrar que o procedimento de controlo de concentrações tem por fim assegurar a manutenção da concorrência efectiva num cenário pós-concentração, sujeitando a vontade de duas ou mais empresas no sentido de se concentrarem a um acto administrativo de autorização praticado pela AdC, à luz dos critérios definidos no art. 41.º do RJC. Trata-se, além do mais, de um exercício prospectivo que procura antecipar o desenvolvimento do contexto concorrencial no(s) mercado(s) relevante(s), através de um juízo de prognose sobre a evolução do mesmo.

Nesta linha de orientação, quando a AdC identifica problemas de concorrência suscitados pela análise de uma operação de concentração notificada, recai sobre a empresa notificante o ónus de proceder às possíveis alterações na operação notificada ou na sua actividade, para que se solucionem os mesmos problemas. Tais alterações podem, desde logo, ser propostas e

³⁰³ NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação...”, *cit.*, p. 55.

³⁰⁴ Já assim classificava PEDRO COSTA GONÇALVES o regime da LdC. “Controlo de...”, *cit.*, p. 281. Da nossa parte, pensamos que esta categorização conserva total actualidade no RJC, dado que a arquitectura das decisões sobre o controlo de operações de concentração se manteve inalterada.

integralmente executadas ainda antes da decisão da AdC. De resto, por aqui se vê que tal comportamento levará à pronúncia de uma decisão de não oposição simples. Contudo, é também possível que as partes optem antes por assumir *compromissos* destinados a assegurar a manutenção da concorrência efectiva, os quais só serão executados após a decisão da AdC.

Assim, nos termos dos arts 50.º, n.º 2 e 53.º, n.º 3, todos do RJC, tanto na *primeira* como na *segunda fase*, as decisões de não oposição podem ser acompanhadas pela imposição de medidas (condições e / ou obrigações) que sirvam para garantir o cumprimento dos compromissos assumidos pela empresa notificante (*cf.* art. 50.º, n.º 2, do RJC)³⁰⁵.

Nestes termos, as condições e obrigações impostas às empresas, incorporam os compromissos apresentados voluntariamente pelas partes envolvidas na operação, “(...) *providencia[ndo] o preenchimento do pressuposto de direito que permite evitar a pura e simples proibição da operação, fornecendo à AdC o fundamento jurídico para a emanação de uma decisão favorável*”³⁰⁶.

No que toca à natureza jurídica da decisão de não oposição com condições ou obrigações, a AdC já consagrou, de forma clarividente, que “[o]s *compromissos, uma vez aceites pela AdC e acolhidos, enquanto condições e obrigações, na sua decisão, correspondem a cláusulas acessórias, enquadráveis no art. 121.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), que prevê a sujeição dos actos administrativos a condição, termo ou modo*”³⁰⁷.

³⁰⁵ Também nesse sentido, MIGUEL MENDES PEREIRA referia, pertinentemente, ao abrigo da LdC que “a lei não estrutura o desfecho do procedimento de forma binária, oferecendo à AdC (e às partes) uma terceira via: a situação na qual, embora não estejam reunidos todos os pressupostos necessários à tomada de uma decisão favorável, é permitido aos próprios sujeitos procedimentais não só preencher os pressupostos em falta mas mesmo moldar o respectivo preenchimento. Às partes é oferecida a possibilidade de, mediante a assunção voluntária de compromissos, representar um cenário pós-concentração no qual a concorrência efectiva seja assegurada. À AdC é proporcionada a faculdade de realizar um juízo prognóstico quanto à credibilidade dos compromissos assumidos pelas partes e, sendo a conclusão positiva quanto à manutenção de uma concorrência efectiva no cenário pós-concentração, de convolá-los em condições e obrigações às quais se subordinará a decisão de não oposição”, *Cf. Lei da Concorrência...*, cit., p. 361. Uma conclusão que retiramos imediatamente deste ponto é a de que a AdC não pode desencadear esta terceira via oficiosamente, só podendo ela ser percorrida por iniciativa das autoras da notificação. A segunda é a de que a AdC não pode, discricionariamente, optar por acompanhar uma decisão de não oposição por condições e obrigações se as mesmas não resultarem de compromissos previamente apresentados pelas notificantes. Com efeito, por força do princípio da legalidade, não se verificando a apresentação de compromissos pelas empresas, a AdC deve linearmente proibir a operação ou aprova-la por decisão de não oposição *tout court*.

³⁰⁶ MIGUEL MENDES PEREIRA, *Ibidem*.

³⁰⁷ *Cf.* § 4 das LOC (disponível em http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Comunicados/Comunicado201109_DOC_2-Linhas_de_Orientacao.pdf, e acedido em 01.04.2013). Já MIGUEL MENDES PEREIRA, apoiado num argumento literal, escrevia, a propósito do art. 35.º, n.º 3, da LdC, que “as condições e obrigações não correspondem à própria decisão, nem porventura a integram, pois a lei distingue-as da própria decisão: elas acompanham a decisão, mas não são a decisão. Com efeito, esta doutrina via na letra da lei argumento bastante para inferir que as condições e obrigações tinham um carácter de *accessoriedade* face ao conteúdo natural do acto. Porém, defendiam que se tratava de uma *accessoriedade essencial*, passe o paradoxo semântico, pois tais elementos acessórios funcionam como “*fundamentação basilar*” de uma decisão de não oposição. Assim, das três figuras consagradas pelo art. 121.º do CPA, MIGUEL MENDES

A aposição de condições e obrigações a uma decisão de não-oposição traduz uma convicção por parte da AdC de que, na ausência daquelas, será impossível garantir a manutenção da concorrência efectiva. Assim, ao evitar a proibição *tout court*, a AdC promove as condições e obrigações ao estatuto de pilares do juízo prognóstico que efectua sobre a operação³⁰⁸.

Na determinação do que pode (e deve) ser o conteúdo dos compromissos, consequentemente convolados em condições e obrigações, revela-se de particular utilidade, entre nós, as LOC.

Seguindo, então, o que se encontra exposto nas LOC, interessa referir que os compromissos se arrumam em dois grupos: os compromissos estruturais³⁰⁹ e os compromissos comportamentais³¹⁰. A distinção reside nas alterações estruturais e instantâneas que os primeiros introduzem no mercado(s) relevante(s), o que não se verifica nos segundos, uma vez que estes se limitam a impor condutas às empresas, em regra de duração contínua.

PEREIRA, concluiu que as condições e obrigações correspondiam a cláusulas modais. Cf. *Lei da Concorrência*, cit., p. 363. Diametralmente oposto, PEDRO COSTA GONÇALVES julgava que existia uma “*associação intrínseca e indissolúvel*” entre o conteúdo da decisão reportada a decisão de não oposição e o conteúdo relativo às condições e obrigações e não, meramente, a aposição de uma cláusula acessória no acto administrativo de autorização. Cf. “Controlo de...”, cit., p. 279

³⁰⁸ Ademais, se determinada operação de concentração não suscita reais problemas de concorrência (ou seja, não é susceptível de criar a situação descrita no art. 41.º, n.º 4), a AdC encontra-se obrigada a proferir uma decisão de não oposição. E o mesmo problema se suscita para a *insuficiência* ou *inexequibilidade* de condições. Nesse caso a decisão da AdC deveria então ter sido no sentido da proibição porque a de não oposição mostrar-se-ia desprovida de fundamento legal. Este é, pelo menos a nosso ver, o postulado que resulta da dicotomia entre o exercício de poderes vinculados e discricionários nesta matéria. Sobre o tema ver, por todos, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia...*, cit., p. 339.

³⁰⁹ Os compromissos de natureza estrutural traduzem-se, quando cumpridos, numa alteração da organização do mercado e correspondem, na maior parte dos casos, à *alienação de activos ou conjuntos de activos*, os quais, em regra, correspondem a empresas (cf. § 58 das LOC). Com este tipo de compromissos, visa-se preservar as condições estruturais de concorrência que se verificariam na ausência da operação de concentração, evitando-se, pelo menos parcialmente, a perda de rivalidade concorrencial que resultaria da referida operação de concentração, ponderados os ganhos de eficiência resultantes da operação, na medida em que os activos, ao serem adquiridos por uma entidade independente das partes na concentração, são susceptíveis de criar as condições para o aparecimento de um novo concorrente ou para a expansão dos concorrentes existentes no mercado público em apreço. Em regra, na sua prática decisória, a AdC tem vindo a atribuir mais relevância à adopção de compromissos deste tipo. Para o efeito, vejam-se as decisões nos seguintes Procs.: Ccent. n.º 1/2008 *Pingo Doce/Plus*, de 29.04.2008; Ccent. n.º 51/2007 *Sonae/Carrefour*, de 27.12.2007. Por respeito ao princípio da proporcionalidade, a AdC considera que quando o problema de concorrência resultar de uma sobreposição horizontal, as partes devem poder optar entre duas actividades a “desinvestir”, a actividade adquiridas ou a actividade a adquirir (cf. § 68 das LOC). No contexto da contratação pública, a segunda hipótese parece-nos, à partida, mitigada. Voltaremos a este assunto.

³¹⁰ Contrariamente aos compromissos estruturais, os quais actuam directamente sobre a estrutura de mercado, os compromissos comportamentais propõem-se influenciar a conduta das empresas participantes no mercado e, em particular, das empresas participantes na operação de concentração, actuando ao nível da capacidade e dos incentivos destas empresas, nomeadamente com o objectivo de promover as condições de contestabilidade dos mercados públicos envolvidos. No caso dos contratos de concessão poderíamos pensar no exemplo da subcontratação de outras entidades para a execução do contrato, nos termos do art. 319.º do CCP. Referindo a prática decisória da AdC sobre este tipo de compromissos, ainda que sem qualquer casuística relativamente às concentrações resultantes da adjudicação de um contrato público, vejam-se decisões da AdC no âmbito dos Procs: Ccent. n.º 8/2006 *Sonae/PT*, de 22.11.2006; Ccent. n.º 30/2007 *Bensaúde/NSL*, de 21.11.2008.

Pese embora que as condições e obrigações não sejam impostas pela entidade adjudicante, mas antes devendo o adjudicatário acautelar previamente a possibilidade de ser sujeito às mesmas por parte da AdC, através, particularmente, da assunção de compromissos, vejamos o panorama em que se desenrola uma decisão de não oposição acompanhada da imposição de condições e obrigações.

ANTÓNIO FERREIRA GOMES e PEDRO MARQUES BOM³¹¹, desconstruindo o processo conducente à apresentação de compromissos no RJC, seguem (e propõem) a seguinte sequência de análise: em primeiro lugar, a AdC identifica determinados problemas suscitados pela concentração³¹²; em segundo lugar, e com base na análise casuística levada a cabo pela aplicação dos factores elencados no n.º 2 do art. 41.º do RJC, a AdC comunica à parte notificante, de modo formal ou informal, que problemas de concorrência identificados poderão impossibilitar uma decisão de não oposição; finalmente, e em terceiro lugar, as partes notificantes podem decidir apresentar compromissos que respondam aos problemas identificados pela autoridade, de modo a evitar uma investigação aprofundada ou uma decisão de oposição, consoante a fase do procedimento³¹³.

Ainda que a discussão doutrinária sobre o conceito indeterminado de “*concorrência efectiva*” se mantenha totalmente actual, a AdC defende nas LOC que, “[s]endo os compromissos propostos à AdC considerados adequados, suficientes e exequíveis e proporcionais para solucionar as preocupações jusconcorrenciais identificadas na apreciação da operação de concentração em causa, a AdC emite uma decisão de não oposição acompanhada da imposição de condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos assumidos pelos autores da notificação”³¹⁴.

Recorde-se, portanto, que, nestes casos, até à completa implementação dos compromissos, não fica assegurada a manutenção de uma concorrência efectiva. Donde resulta que, para corresponderem ao necessário para eliminar as preocupações de concorrência identificadas,

³¹¹ Cf., *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense...*, cit., p. 535

³¹² Note-se que à luz do n.º 1 do art. 51.º nada impede que as partes se antecipem à identificação e apresentem compromissos com base no seu próprio juízo quanto aos problemas que antecipam poder vir a ser identificados no mercado que considerem relevante. Porém, tanto nesse caso, como quando o adjudicatário decide propor compromissos em resposta às preocupações jusconcorrenciais identificadas pela AdC, postulamos que o deve fazer mediante a anuência da entidade adjudicante aí em apreço.

³¹³ Cf. § 103 a 109 das LOC. Atendendo à manifesta conexão destes compromissos com a titularidade de controlo sobre outras actividades de natureza pública (e possivelmente atribuídas por via de um procedimento pré-contratual), onde terá intervindo a mesma entidade adjudicante, como referimos na nota anterior, o programa do procedimento não poderá descurar que a assunção de quaisquer compromissos relativos às mesmas actividades se faça com a autorização expressa da mesma entidade adjudicante.

³¹⁴ Sobre cada um destes subprincípios, Cf. § 4 das LOC.

estes devem ser, não só *adequados, suficientes, proporcionais*, mas ainda *viáveis e exequíveis* no menor curto espaço de tempo após à execução da operação.

Nos casos de interconexão do controlo das concentrações com o Direito da Contratação Pública, em que o contrato adjudicado corresponde a uma concentração de empresas, o controlo sobre o impacto jus-concorrencial da operação aí em causa incide, em regra, sobre actos e negócios jurídicos regulados por procedimento de Direito Público. Dizemos “em regra” porque, em bom rigor, tudo dependerá da exacta configuração do mercado relevante no caso em apreço³¹⁵.

No essencial, quando uma operação de concentração³¹⁶ for susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos para a concorrência efectiva, actual ou potencial, no mercado nacional ou numa parte substancial deste, pode o adjudicatário assumir, perante a AdC, um conjunto de compromissos destinados a obviar uma decisão de oposição da mesma autoridade.

Sendo os compromissos propostos à AdC e considerados *adequados, suficientes, exequíveis, e proporcionais* para solucionar as preocupações jus-concorrenciais identificadas na operação de concentração em causa, a AdC emitirá uma decisão de não oposição acompanhada da imposição de condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos assumidos pelos autores da notificação. Nesse contexto, seguir-se-á, como é evidente, o processo na lógica exposta para as decisões de não oposição.

Por último, sendo certo que as condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos assumidos pela notificante visam assegurar a manutenção da concorrência efectiva, não se vislumbra qualquer propósito que justifique um direito do adjudicatário à *reposição do equilíbrio financeiro do contrato*, tal como previsto no art. 282.º

³¹⁵ A este propósito refira-se que, na verdade, há situações em que o adjudicatário é um operador económico em actividades cujo controlo foi adquirido por negócios jurídicos regulados por procedimentos pré-contratuais públicos e, em outros, o controlo transferiu-se através de negócios jurídicos entre privados. Nesses casos, a definição de mercado relevante pode dar origem a que as duas realidades sejam substituíveis entre si e, portanto, apareçam numa lógica de complementaridade. Ademais, nenhuma estranheza nos causa que, nesse contexto, o adjudicatário opte por assumir um compromisso que implique a alienação de activos directamente respeitante à actividade cujo controlo tenha adquirido por via de um acto ou negócio jurídico outorgado entre operadores económicos privados. Nesse caso, o notificante, e também adjudicatário, exerce, em absoluto, um controlo exclusivo sobre aquela actividade – não se encontrando a mesma submetida a qualquer regime substantivo de Direito Administrativo. Portanto, tal compromisso mostrar-se-á até, indubitavelmente, mais viável do que um qualquer outro que envolva a alienação de activos controlados por via de relações jurídico-administrativas, face à maior facilidade que o notificante apresentará em conseguir implementá-lo.

³¹⁶ Por operação de concentração queremos aqui dizer: a alienação de um activo de uma empresa, isto é, a adjudicação, através de um procedimento pré-contratual, do direito de exploração – em regime de concessão de serviço público – de uma actividade titulada pela entidade adjudicante com capacidade para gerar volume de negócios no mercado.

do CCP³¹⁷. Todavia, e à luz de um critério de equidade, pensamos que deve ser reconhecida ao concorrente a possibilidade de não outorgar o contrato, atendendo, v.g. à onerosidade excessiva e consequente alteração das circunstâncias, que os compromissos podem obrigar³¹⁸.

Ainda a propósito da articulação procedimental entre o controlo de concentrações e a contratação pública, vejamos agora uma situação em que a AdC não poderá convolar um compromisso proposto pelo adjudicatário numa obrigação ou condição para a realização da operação de concentração que lhe tenha sido notificada.

Como se tem dito até aqui, a adjudicação do direito de exploração, em regime de concessão de serviço público, através de um procedimento pré-contratual público, pode equivaler à alienação de um activo de uma empresa (desde que, claro está, a operação envolva duas empresas e, bem assim, se atribua à concessão capacidade para gerar volume de negócios no mercado), o que, de harmonia com o art. 36.º, n.º 3, alínea b), do RJC, determina a consequente necessidade de proceder à notificação prévia da AdC, caso se verifique um dos pressupostos previstos no n.º 1 do art. 37.º do mesmo diploma.

Com efeito, nada impede que, na apreciação dessa operação de concentração e, concomitante, aplicação do *teste da concorrência efectiva*, a AdC identifique problemas concorrenciais que devam conduzir à proibição da operação, concedendo, por isso, aos notificantes a oportunidade para formularem compromissos. Pois bem, os mesmos têm que

³¹⁷ Conquanto, nos termos do art. 282.º do CCP, o dever do contraente público de restabelecer o equilíbrio financeiro do contrato tenha o seu fundamento não num risco normal e próprio do contrato que deve ser suportado pelo contratante particular, a verdade é que a aplicação daquele preceito não prescinde da verificação de dois requisitos cumulativos: i) que tenha sido celebrado um contrato e que ocorrido uma alteração da base do negócio (dos pressupostos nos quais o co-contratante assentou a sua decisão de contratar) não coberta pelo risco contratual; e ii) que essa é a solução que se encontra prevista pela lei (*cf.* art. 314.º do CCP). Ora, como bem se sabe, no momento em que o adjudicatário é notificado da decisão de não oposição com condições e obrigações não houve ainda lugar à outorga do contrato, motivo pelo qual o regime previsto no art. 282.º não tem qualquer interesse para a questão.

³¹⁸ No mesmo sentido, NUNO CUNHA RODRIGUES “A Adjudicação...”, *cit.*, p. 58. No silêncio do CCP, a verdade é que a equidade pode constituir um critério de correcção na aplicação da disciplina normativa profundamente rígida do Código. Complementarmente, sabemos que encontrar soluções jurídica com recurso à equidade significa, pois, dar a um problema uma solução que parecesse a mais justa, atendendo apenas às características da situação e sem recurso à lei eventualmente aplicável. Reitere-se, primeiramente, que a decisão de não oposição com condições e obrigações tem uma natureza *impositiva e não contratual ou negocial*. Portanto, esta pode ser uma solução proporcionalmente adequada e justa para os casos em que o adjudicatário se predispõe e oferece, de boa-fé (leia-se, informando a entidade adjudicante), na primeira fase do procedimento um leque de compromissos que poderão eventualmente ser assumidos (no caso de a AdC pensar que aquela operação assume um risco relevante para a estrutura do mercado e mesmo quando não esteja absolutamente demonstrada a necessidade dos mesmos ou que são mais abrangentes ou exigentes do que o necessário) e, atendendo a exigências de adequação ou necessidade, a AdC opta, a final, pela aposição de uma condição na decisão de não oposição que se assuma verdadeira e sobejamente onerosa ou penosa, a ponto de ter sido conjecturada pelo adjudicatário como a *ultima ratio* naquele caso concreto. Tal situação, por ser capaz de configurar uma alteração das circunstâncias em que o adjudicatário decidiu participar naquele procedimento, pode legitimar o direito a não outorgar o contrato, desde que o mesmo direito seja directamente contemplado no programa do concurso e no caderno de encargos. Neste caso, por maioria de razão, defendemos igualmente a abertura do *subprocedimento de adjudicação*.

ser necessários, adequados, proporcionais e viáveis. E, pode o notificante ver-se obrigado a propor compromissos que impliquem a *redefinição* do caderno de encargos³¹⁹ ou a modificação de *atributos* ou *termos e condições* da proposta³²⁰ numa fase pós-adjudicatória e em que, também à luz do princípio da estabilidade das propostas e das peças do procedimento, não se afigura permissível qualquer variação ao conteúdo da mesma ou ao teor fundamental do caderno de encargos³²¹. Portanto, tal só seria presumivelmente concebível em sede de ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar (*cf.* art. 99.º do CCP).

Ora, pese embora a elasticidade e a maleabilidade dos casos em que é legítimo ao órgão responsável pela decisão de contratar propor ao adjudicatário, na minuta do contrato, a adopção de tais ajustamentos, pré-existem pressupostos legais e uma teleologia normativa que presidem ao exercício do poder consagrado no proémio do n.º 1 do art. 99.º do CCP. Em concreto, diz-nos este preceito que “[o] *órgão competente para a decisão de contratar pode propor ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar, desde que estes resultem de exigências de interesse público e, tratando-se de procedimento em que se tenha analisado mais de uma proposta, seja objectivamente demonstrável que a respectiva ordenação não ser alterada se os ajustamentos propostos tivessem sido reflectidos em qualquer das propostas*”.

Por outro lado, a isto acrescerá o conteúdo do n.º 2 do mesmo preceito legal, porque aí se consagram os requisitos que legitimam o exercício desta competência. Com efeito, o exercício

³¹⁹ Expressão da autoria de NUNO CUNHA RODRIGUES, “A Adjudicação...”, *cit.*, p. 58. Na paradigmática síntese de JOÃO AMARAL E ALMEIDA e PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, parece ser de recordar que “*o caderno de encargos funciona, pois, como o projecto de contrato, já que os interesses públicos que a entidade adjudicante discricionariamente elegeu e ponderou aquando da decisão de contratar são salvaguardados justamente através da sua inclusão no caderno de encargos, sendo incorporizado em cláusulas que vinculam os concorrentes na elaboração das suas propostas*”. *Cf. Temas de Contratação...*, *cit.*, p. 355. Por isso, tomamos aqui por base a necessidade de introduzir alterações aos aspectos fundamentais do caderno de encargos, subsumindo-se aí todas as alterações que se repercutam sensivelmente no desenho das características essenciais ou nucleares do contrato a celebrar (prestações a contratar, prazo, modo de execução das prestações, especificidades técnicas e jurídicas).

³²⁰ Importa não confundir os *atributos* com os *termos e condições* da proposta [*cf.* art. 56.º, n.º 2 e art. 57.º, n.º 1 alínea c), todos do CCP], pois estes, ao contrário daqueles, não versam sobre aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência, mas sobre aspectos relativamente aos quais o caderno de encargos não tomou uma posição fixa, permitindo e exigindo, que isso seja feito, por cada concorrente, em cada proposta, mas obrigando-se ao respectivo cumprimento, sem que o modo como o fazem possa ser valorizado para efeitos de adjudicação. Sobre o conceito de atributos da proposta, ver, por todos, LUÍS VERDE DE SOUSA, “A Negociação Pós Adjudicatória dos Atributos da Proposta”, in PEDRO COSTA GONÇALVES (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, p. 284. No que toca aos termos e condições da proposta, veja-se, emblematicamente, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos...*, *cit.*, p. 202. *In casu*, tomaríamos, pois e à partida, como relevantes: *i*) a redefinição dos elementos ou características respeitantes a todos (e só aos) os aspectos de execução do contrato, submetido pelo caderno de encargos à concorrência – em suma, uma modificação das concretas prestações que o concorrente se propõe fazer à entidade adjudicante ou das circunstâncias concretas para a respectiva realização; *ii*) requisitos impostos unilateralmente pela entidade adjudicante quanto a aspectos de execução do contrato, que, como tal, não são negociáveis e, consequentemente, submetidos à concorrência e cuja satisfação pelo concorrente, portanto, não constitui um atributo da sua proposta, mas condição de adjudicação.

³²¹ Neste sentido MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros...*, *cit.*, p. 211, acompanhados por JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos...*, *cit.*, p. 45.

deste poder obriga a uma subordinação cumulativa a todos os requisitos e pressupostos presentes no n.º 1 e 2.º do art. 99.º do CCP³²².

Mas, desde logo se frisa que, à luz do n.º 1 do art. 99.º do CCP, os eventuais ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar devem: (i) ser propostos pelo órgão competente para a decisão de contratar e (ii) ter como escopo melhor adaptar as cláusulas do contrato às exigências de interesse público a ele subjacentes.

O que, mesmo não significando que tais ajustamentos hão-de ser feitos sempre em benefício ou vantagem da posição contratual relativa da entidade adjudicante, certo é que a lei impõe que, globalmente considerandos, tais ajustamentos tenham um fundamento de interesse público, cujo qual, na opinião de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, versará sobre “*o concreto interesse público implicado no objecto do contrato e não outro*”³²³. Neste particular, o que releva então é que se detecte uma relação causal directa entre a satisfação da necessidade que presidiu à decisão de contratar e o surgimento de um facto superveniente que dita a necessidade de promover acertos no conteúdo exacto do contrato público em apreço.

Por conseguinte, defendem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA que “*haverá violação das exigências do art. 99.º, n.º 1 se o ou os ajustamentos introduzidas apenas beneficiarem objectivamente a posição relativa do adjudicatário, sem que seja aí descortinável um benefício ponderoso dos interesses públicos contratuais da entidade adjudicante*”. E, pelo menos a nosso ver, esta posição é verdadeiramente proveitosa, porque, por exemplo, se o órgão responsável pela decisão de contratar propusesse um ajustamento que tivesse unicamente como base a redução das prestações a favor do co-contratante sem qualquer determinação de um interesse público que lhe estivesse implícito, agiria, inequivocamente, em violação do princípio da igualdade de tratamento e da concorrência³²⁴.

Nesta conformidade, ainda que a AdC tivesse concluído que se tratava da única hipótese adequada e suficiente face aos problemas concorrenciais identificados na operação notificada e, bem assim, o adjudicatário se tivesse proposto assumir um compromisso de natureza

³²² JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos...*, cit., p. 315, onde elenca os requisitos a que estão subordinados os ajustamentos ao contrato.

³²³ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros...*, cit., p. 1088. E no mesmo sentido em que propõe estes autores MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, Tomo III, cit., p. 206.

³²⁴ Salienta-se, nesta sede, que esta conduta serviria apenas para atribuir um benefício injustificado ao co-contratante, sacrificando, desproporcionalmente, o interesse público face aos interesses do particular e ora Adjudicatário.

comportamental ou estrutural que implicasse a *redefinição do* caderno de encargos ou a modificação de *atributos* ou *termos e condições* da proposta³²⁵, tal jamais poderia ser atendido e aceite pela autoridade.

Isto porque o mesmo se traduz numa alteração ao caderno de encargos ou à proposta com uma base (exclusivamente) em *causa privada (e não pública)*³²⁶, desrespeitando os termos e condições em que a entidade adjudicante conseguiria, legitimamente, recorrer ao disposto no art. 99.º do CCP. Por conseguinte, tal compromisso ainda que *adequado e necessário* não se mostraria *viável* ou *exequível* por parte do adjudicatário e notificante.

Assim, e uma vez que os autores da notificação não podem propor um compromisso que antecipem não poder realizar, deve a AdC, nesses casos, proferir uma decisão de oposição, nos termos do art. 53.º, n.º 1, alínea *b*), do RJC. Consequentemente, caso se verifique este cenário, o programa do procedimento deve esclarecer que se dará início ao *subprocedimento de adjudicação*, assim como ficou *supra* referido.

³²⁵ Tomamos aqui por base qualquer compromisso (estrutural ou comportamental) imposto para autorizar a operação de concentração agora notificada, mormente, a alienação de parte do activo que constitui o objecto do contrato de concessão.

³²⁶ Como já referimos, as condições ou obrigações não são impostas pela Entidade Adjudicante nem pelo órgão responsável pela decisão de contratar, nem ainda por qualquer razão de interesse público subjacente ao contrato em apreço, mas apenas por causa da situação jus-concorrencial que o adjudicatário apresenta no mercado em apreço – *i.e.* a criação ou o reforço de uma posição dominante. Por conseguinte, os ajustamentos ao contrato servem aqui, apenas, o propósito de salvaguardar interesses privados e não públicos. Como sublinha LUÍS VERDE DE SOUSA, é indiferente que, nestes casos, não haja alteração do projecto contratual submetido à concorrência ou que se mantenha a ordenação das propostas, sendo o ajustamento sempre ilegítimo. *Cf.* “A Negociação...”, *cit.*, p. 266.

9. BALANÇO FINAL.

Boa ou má, a evolução do Direito da Concorrência verificou-se num certo sentido e penetrou na ordem jurídica portuguesa, abrindo-se o caminho para que traga novas e salutares consequências para o quotidiano da Contratação Pública.

Era evidente a conveniência - e mesmo a necessidade - de, em aspectos cruciais, mas de alguma substância, modernizar o regime jurídico nacional em matéria de operações de concentração e evitar dissonâncias face à evolução entretanto ocorrida no Direito da União Europeia. Todavia, e neste particular, o grau de efectivação desse objectivo dependerá, em qualquer caso, da adequação que estas transformações mostrem, aquando do seu embate com a realidade dos mercados públicos. Logo, tendo em conta o carácter sensível das matérias em causa, a ousadia e, também, incompletude de algumas inovações do RJC, parece-nos que o período de vigência deste diploma é ainda demasiado efémero para que possamos arriscar com segurança uma apreciação da eficiência das soluções positivadas.

Ainda assim, coloca-se, naturalmente, a questão de saber se o merecido aplauso decorrente das inovações introduzidas, e que fomos dando conta neste trabalho, não acaba por ser diluído pelas preocupações que também apontámos. Na verdade, e reiterando, do regime jurídico insuficiente do RJC ressaltam omissões e indefinições que, a nosso ver, constituirão óbices para a resolução de problemas consequentes da necessidade de concertação dos dois procedimentos.

Por outro lado, e suscitando as naturais reservas, os preceitos do RJC continuam a ser o único vestígio normativo existente sobre esta matéria, flagrantemente perturbadora da lógica procedimental do CCP. Tudo visto, e ainda que as soluções que fomos progressivamente propondo se balizem nos termos da lei, não esquecemos que a protecção eficaz da Concorrência só se alcançará através de uma compatibilização clara entre os dois regimes jurídicos em apreço. Em bom rigor, e tal como referimos, o controlo de uma operação de concentração de empresas, resultante de um procedimento para a formação de um contrato público, constitui uma matéria transversal ao Direito da Concorrência e ao Direito da Contratação Pública.

Dessa forma, e uma vez que as inovações oriundas do Direito da Concorrência levaram a uma descaracterização da matriz inicial do CCP, acreditamos que, muito em breve, o Código sentirá a necessidade de se adaptar. Ora, num contexto de intersecções como este, e por razões

de segurança e certeza jurídica, será porventura útil que o legislador promova as necessárias adaptações ao regime jurídico que actualmente se encontra consagrado na Parte II do CCP.

Em tudo o resto, caberá, em primeira linha, à AdC responder às outras questões que também suscitámos, demonstrando, através, de uma aplicação transparente dos vários dispositivos legais, os seus entendimentos sobre estas matérias. Em derradeira instância, competirá aos Tribunais proibir os comportamentos indevidos das entidades adjudicantes ou, sendo o caso, corrigir o sentido da prática decisória da AdC no campo das operações de concentração que resultem de procedimentos para a formação de contratos públicos. Será, pois, indispensável seguir a evolução da acção e da prática decisória da AdC, bem como aguardar pelas primeiras decisões judiciais que interpretem aqueles novos normativos da Secção I, do Capítulo III, do RJC.

Face a tudo aquilo que dissemos, os próximos tempos serão, com toda a probabilidade, momentos chave para o desenvolvimento do direito e da cultura de concorrência em Portugal.

10. BIBLIOGRAFIA.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE – “ Art. 3.º ”, em AAVV *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) Manuel Lopes Porto / José Luís da Cruz Vilaça / Carolina Cunha / Miguel Gorjão-Henriques / Gonçalo Anastácio, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 33 a 39.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE – *Curso de Direito Comercial*, Volume II, 4ª Edição, Coimbra: Almedina, 2013.

ALMEIDA, JOÃO AMARAL E / SÁNCHEZ, PEDRO FERNÁNDEZ – *Temas de Contratação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE – *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares – instrumentos jurídicos de atuação administrativa*, Coimbra: Almedina, 2012.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE – “Apontamento sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2 (2011), CEDIPRE, pp. 5 a 34.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE – “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 66 (2007), CEJUR, pp. 3 a 16.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE – *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2005.

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE / CADILHA, CARLOS FERNANDES – *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2010.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO – *Curso de Direito Administrativo*, Volume I, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2007.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO – *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2011.

ANASTÁCIO, GONÇALO / DUARTE, MARIA JOÃO – “ Art. 54.º ”, em AAVV *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) Manuel Lopes Porto / José Luís da Cruz Vilaça / Carolina Cunha / Miguel Gorjão-Henriques / Gonçalo Anastácio, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 552 a 564

ANDERSON, ROBERT D. / KOVACIC, WILLIAM E. / MULLER, ANNA CAROLINE – “Ensuring and Integrity and Competition in Public Procurement Markets: a Dual Challenge for Good Governance”, in Sue Arrowsmith / Robert D. Anderson, *the WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 681 a 719.

ANDRADE, MANUEL DE – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Volume I, Coimbra: Almedina, 1997.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA – *O Direito: Introdução e Teoria Geral – uma perspectiva Luso-Brasileira*, 11ª Edição, Coimbra: Almedina, 2001.

AZEVEDO, BERNARDO - “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, in PEDRO COSTA GONÇALVES (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Volume II, 2010, pp. 223 a 271

AZEVEDO, MARIA EDUARDA – *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma nova Governação Pública*, Coimbra: Almedina, 2010.

AYALA, BERNARDO DINIZ DE – “O Método de escolha do co-contratante da Administração nas Concessões de Serviço Público”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 26 (2001), pp. 3 a 25.

BARROS, PEDRO PITA – “ Art. 41.º ”, em AAVV *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) Manuel Lopes Porto / José Luís da Cruz Vilaça / Carolina Cunha / Miguel Gorjão-Henriques / Gonçalo Anastácio, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 445 a 453.

BASTO, NUNO CABRAL – “Caducidade”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. II, 1990, 58 a 66.

BELLAMY, CHRISTOPHER / CHILD, GRAHAM DEREK – *European Community Law of Competition*, 6TH Edition, Oxford: Oxford University Press, 2012.

BOVIS, CHRISTOPHER – *EC public procurement: case law and regulation*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

BÖGE, U. – “Competition and Regulation: What Role Can the State Play for a Better Functioning of the Markets?”, in A.M. Mateus / T. MOREIRA, *Competition Law and Economics. Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement*, The Hague: Kluwer Law International, 2007, pp. 345 a 360.

CABRAL, MARGARIDA OLAZABAL – *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1997.

CAETANO, MARCELO - *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª Edição, 3ª Reimpressão, revista e actualizada por Diogo Freitas do Amaral, Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CALDEIRA, MARCO – “Sobre a caducidade da adjudicação no Código dos Contratos Públicos”, in Pedro Costa Gonçalves (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Volume IV, 2013, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 448 a 485.

CALVETE, VÍTOR JOÃO VASCONCELOS RAPOSO RIBEIRO – “*Quis Leget Haec?* A Delimitação do *Thema Decidendum* do Parecer do Conselho da Concorrência em processos de Concentração de Empresas”, in BFDUC, *Volume comemorativo dos 75 anos*, Coimbra: F.D.U.C., 2003, pp. 769-793.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES / MOREIRA, VITAL – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CHRISTENSEN, PENDER / OWEN, PHILIP / SJÖLBOM, DAN – “Mergers” in Jonathan Faull & Ali Nikpay, *The EC Law of competition*, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2007 pp.421 a 592.

CLAMOUR, GUYLAIN – *Intérêt Général et Concurrence : Essai Sur la Pérennité du Droit Public en Économie De Marche*, Paris : Dalloz, 2006, pp. 504 a 553.

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO – *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina: Coimbra, 1987.

GRAELLS, ALBERT SÁNCHEZ – *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford: Hart Publishing, 2011.

CUNHA, CAROLINA – *Controlo de Concentrações de Empresas Direito Comunitário e Direito Português*, Cadernos IDET, n.º 3, Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, CAROLINA – “ Art. 40.º ”, em AAVV *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) Manuel Lopes Porto / José Luís da Cruz Vilaça / Carolina Cunha / Miguel Gorjão-Henriques / Gonçalo Anastácio, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 439 a 445.

CUNHA, CAROLINA – “ Art. 50.º ”, em AAVV *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) Manuel Lopes Porto / José Luís da Cruz Vilaça / Carolina Cunha / Miguel Gorjão-Henriques / Gonçalo Anastácio, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 521 a 526.

CUNHA, CAROLINA – “ Art. 53.º ”, em AAVV *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) Manuel Lopes Porto / José Luís da Cruz Vilaça / Carolina Cunha / Miguel Gorjão-Henriques / Gonçalo Anastácio, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 547 a 552.

DURVIAUX, ANN LAWRENCE – *Logique De Marche ET Marche Public En Droit Communautaire: Analyse Critique d'un Système*, Bruxelles: Larcier, 2006.

ECKERT, GABRIEL – “L’égalité De Concurrence Entre Opérateurs Publics Et Privés Sur Le Marche”, in *Gouverner, Administrer, Juger ; Liber Amicorum*, Jean Waline, Paris : Dalloz, 2002, pp. 207 a 221.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO – *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1990.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO – *Fuga para o Direito Privado – Contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 2009.

EVANS, D.S. – “Economics and the Design of Competition Law”, in American Bar Association / Wayne D. Collins / Joseph Angland, *Issues in Competition Law and Policy*, Chicago : ABA - Section of Antitrust Law, 2008, pp. 99 a 130.

FURSE, MARK – *Competition Law of the UK and EC*, 6th Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008.

GOMES, ANTÓNIO FERREIRA / BOM, PEDRO MARQUES – “ Art. 51.º ”, em AAVV *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) Manuel Lopes Porto / José Luís da Cruz Vilaça / Carolina Cunha / Miguel Gorjão-Henriques / Gonçalo Anastácio, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 526 a 538

GOMES, CARLA AMADO – “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in Pedro Gonçalves (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 519 a 567.

GONÇALVES, PEDRO COSTA – “Revogação (de actos administrativos) ”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VI, 1996, pp. 303 a 325.

GONÇALVES, PEDRO COSTA – “Controlo de Concentrações no Direito Português (uma visão jus-administrativa) ”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 7/8 (2011), IDEFF & AdC, pp. 245 a 310.

GONÇALVES, PEDRO COSTA – “*Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na Contratação Pública)* ”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume I, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 479 a 516.

GONÇALVES, PEDRO COSTA – *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante* – Direito Público e Regulação n.º 8, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL – *Direito da União*, 6ª Edição, Coimbra: Almedina, 2010.

GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL – “A Aquisição de Empresas no Direito da Concorrência: Nótulas Sobre Concentrações”, in *Estudos Em Homenagem Ao Professor Sérvulo Correia*, Volume III, Coimbra Editora, 2011, pp. 263 a 313.

GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL / VIDE, ANA JOÃO – “ Art. 37.º ”, AAVV *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) Manuel Lopes Porto / José Luís da Cruz Vilaça / Carolina Cunha / Miguel Gorjão-Henriques / Gonçalo Anastácio, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 408 a 423.

GRONDEN, J. W. VAN DE – “Purchasing care: economic activity or service of general (economic) interest?”, in *European Competition Law Review*, n.º 25 (2004), Volume II, Sweet & Maxwell, pp. 87 a 94.

GUINARD, DORIAN – *Réflexions sur la Construction d’une Notion Juridique: L’exemple de la Notion de Services d’intérêt Général*, Paris : Le Harmattan, 2012.

JOERGES, CHRISTIAN – “A Renaissance of the European Constitution?”, in Ulla B. Neergaard / Ruth Nielsen / Lynn M. Roseberry, *Integrating Welfare Functions Into EU Law – From Rome to Lisbon*, Copenhagen: DJOF, 2009, pp. 6 e ss.

KIRKBY, MARK – “ A contratação pública nos sectores especiais”, in PEDRO COSTA GONÇALVES (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 41 a 101.

KORAH, VALENTINE – *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, 9TH Edition, Oxford: Hart Publishing, 2007.

KRAJEWSKI, MARKUS / FARLEY, MARTIN – “Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after FENIN”, in *European Law Review*, Volume XXXII, n.º 1 (2007), pp. 111 a 124.

LECZYKIEWICZ, DOROTA – “Why do the European Court of Justice Judges need Legal Concepts”, in *European law journal: review of European law in context*, Francis Snyder, Volume XIV, n.º 6 (2008), pp. 773-786.

LIMA, PIRES DE / VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – *Código Civil Anotado*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

LOCHARD, JEAN – *Iniciação à Contabilidade Geral: as técnicas contabilísticas*, Lisboa: Ediprisma, 1990.

MAÇÃS, FERNANDA – “A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos”, in PEDRO COSTA GONÇALVES (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 369 a 430.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 20ª Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2012.

MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO / ALMEIDA, J. P. SIMÕES DE / FORTE, A. MATOS – *Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Direito Público e Regulação n.º 6, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MARQUES, ELDA – “Art. 97.º ”, em AAVV *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, (Coord.) Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Volume II, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 155-175.

MARTIN, STEPHEN “Economic Efficiency and Concentration: are Mergers a Fitting Response?”, in *European University Institute – EUI working Papers in Economics*, n.º 92/75, 1992, pp. 30 a 50.

MARTINS, ANTÓNIO – “Sobre o Equilíbrio Financeiro das Concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Accionista: uma perspectiva económica”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3 (2011), CEDIPRE, pp. 5 a 25.

MEDEIROS, RUI – “Contratação Pública nos Sectores com Regime Especial, Água, Energia, Transportes e Telecomunicações”, em AAVV *La Contratación Pública en el Horizonte De La Integración Europea – V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, pp. 137 a 182

MEDEIROS, RUI – “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 69 (2009), CEJUR, pp. 3 a 29.

MELO, PEDRO – *A Distribuição de Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Coimbra: Almedina, 2011.

MELO, PEDRO / CAMPOS, DIOGO DUARTE DE – “As Concessões no Sector Portuário”, in *O Direito*, Ano 143.º (2011), Volume II, Almedina, pp. 425 a 448.

MONCADA, LUÍS S. CABRAL DE – *Direito Económico*, 6ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MOREIRA, JOÃO – “Cartelização em contratação pública - a exclusão de propostas susceptíveis de falsear a concorrência”, in Pedro Gonçalves (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 201-259.

MOREIRA, TERESA / HORTA, RICARDO BAYÃO – “Art. 52.º”, em AAVV *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) Manuel Lopes Porto / José Luís da Cruz Vilaça / Carolina Cunha / Miguel Gorjão-Henriques / Gonçalo Anastácio, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 538 a 547.

MOTTA, MASSIMO – *Competition Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

MUNRO, CATRIONA – “Competition Law and public procurement: two sides of the same coin?”, in *Public Procurement Law Review*, nº 6 (2006), Sweet & Maxwell, pp. 352-361

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE / GONÇALVES, PEDRO COSTA / AMORIM, JOÃO PACHECO DE – *Código do Procedimento Administrativo - Comentado*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 2010.

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE / OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE – *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE – “O Acto Administrativo Contratual”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 63 (2007), CEJUR, pp. 3 a 17.

OLYKKE, GRITH SKOVGAARD – “How does the Court of Justice of European Union pursue competition concerns in a public procurement context?”, in *Public Procurement Law Review*, nº 6 (2011), Sweet & Maxwell, pp. 176 a 192.

OTERO, PAULO – *Legalidade e Administração Pública: Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2011.

PAIS, SOFIA OLIVEIRA – *O Controlo de Concentrações no Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra: Almedina, 1996.

PAPPALARDO, AURELIO – “Measures of the States and Rules of Competition of the EEC Treaty”, in BARRY E. HAWK (ed.): *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – Antitrust and Trade Policies in International Trade*. New York: Fordham Corporate Law Institute, 1985.

PEEPERKORN, LUC / VEROUDEN, VINCENT – “The Economics of Competition” in Jonathan Faull & Ali Nikpay, *The EC Law of competition*, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2007 pp. 3 a 86.

PEREIRA, MIGUEL MENDES – *Lei da Concorrência – anotada*, Coimbra: Almedina, 2009.

PORTO, MANUEL LOPES / SILVA, JOÃO NUNO CALVÃO – “ Art. 4.º ”, em AAVV *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) Manuel Lopes Porto / José Luís da Cruz Vilaça / Carolina Cunha / Miguel Gorjão-Henriques / Gonçalo Anastácio, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 39 a 46.

PRATA, ANA – *Dicionário Jurídico*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 1995.

PRECHAL, SACHA / VAN ROERMUND, BERT – *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts: The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES: “ Condição”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume II, 1990, pp. 561 a 563.

RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS – *A Formação dos Contratos Públicos – Uma Concorrência ajustada ao Interesse Público*, Lisboa: AAFDL, 2011.

RODRIGUES, NUNO CUNHA – “A Adjudicação de Concessões na Nova Lei da Concorrência”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5 (2012), CEDIPRE, pp. 47 a 69.

SILVA, JORGE ANDRADE DA – *Dicionário dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2010.

SILVA, JORGE ANDRADE DA – *Código dos Contratos Públicos – Anotado e Comentado*, 4ª Edição, Coimbra: Almedina, 2013.

SILVA, JOÃO NUNO CALVÃO DA – *Mercados e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, DAKSHINA G. DE / DUNNE, TIMOTHY / KARANKANAMGE, ANURUDDHA / KOSMOPOULU, GEORGIA – “The impact of public information on bidding in highway procurement auditions”, in *European Economic Review*, n.º 52 (2008), North Holland, pp. 151-180.

SMITH, ADAM – *A Riqueza das Nações*, Volume I, 4ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 474.

SOARES, ROGÉRIO EHRHARDT – *Direito Administrativo I*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1978.

SOUSA, LUÍS VERDE DE – “A Negociação pós Adjudicatória dos Atributos da Proposta”, in PEDRO COSTA GONÇALVES (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 231 a 313.

SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO DE – *Direito Administrativo Geral – Contratos Públicos*, Tomo III, 2ª Edição, Lisboa: Dom Quixote, 2008.

SYEN, KOEN T. – “Market Power in Bidding Markets: an Economic Overview”, in *World Competition*, n.º 31 (2008), Wolters Kluwer, pp. 37-62.

TAVARES, GONÇALO GUERRA / DENTE, NUNO MONTEIRO – *Código dos Contratos Públicos: âmbito da sua aplicação*, Coimbra: Almedina, 2008.

TAVARES, JOSÉ F. F. – “A ponderação de interesses na gestão pública vs. gestão privada”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 677 a 696.

TEIXEIRA, INÊS – “O Conceito de Activo no Código das Sociedades Comerciais”, em *Revista de Fiscalidade*, n.º 29 (2011), Coimbra Editora, pp. 63 a 104.

TREPTE, PETER-ARMIN – “Public Procurement and the Community Competition Rules”, in *Public Procurement Law Review*, n.º 2 (1993), Sweet & Maxwell, pp. 93 a 127.

TORGAL, LINO / GERALDES, JOÃO DE OLIVEIRA – “Concessões de Actividades Públicas e Direitos de Exclusivo”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Volume IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 541 a 565.

TORGAL, LINO – “Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e de Serviços Públicos”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1 (2011), CEDIPRE, pp. 219 a 270.

VARONA, E. NAVARRO / GALARZA, A. FONT / CRESPO, J. FOLGUERA / ALONSO, J. BRIONES – *Merger Control in the European Union*, 2nd Edition, Oxford : Oxford University Press, 2005.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – *Teoria Geral do Direito Civil*, 3^a Edição, Coimbra: Almedina, 2005.

VASQUES, LUCIANO – “La Nozione mínima di Impresa nell’ambito del Controllo delle Concentrazioni”, in *Mercato Concorrenza Regole*, Volume XIII, n.º 2 (2011), il Mulino, pp. 273 a 294.

VIANA, CLÁUDIA – *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

VILAÇA, JOSÉ LUÍS DA CRUZ – “A modernização da aplicação das regras comunitárias de concorrência segundo a Comissão Europeia – uma reforma fundamental”, in *BFDUC, Volume comemorativo dos 75 anos*, Coimbra: F.D.U.C., 2003, pp. 717-768.

VILAÇA, JOSÉ LUÍS DA CRUZ / MELÍCIAS, MARIA JOÃO – em AAVV “ Art. 7.º ”, *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, (Coord.) Manuel Lopes Porto / José Luís da Cruz Vilaça / Carolina Cunha / Miguel Gorjão-Henriques / Gonçalo Anastácio, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 61 a 73.

WEIGANDT, JERRY / KIESO, DONALD / KIMMEL, PAUL – *Financial Accounting*, 2ND Edition, IRFS Edition, New York: John Wiley, 2012.

WERDEN, G.J. – “The 1982 merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist paradigm”, in *Antitrust Law Journal*, n.º 71 (2003), American Bar Association, pp. 253 a 276.

YESCOMB, EDWARD – *Principles of Project Finance*, London: Academic Press, 2002.

Sites consultados:

- www.concorrenca.pt;
- www.eur-lex.europa.eu;
- www.ec.europa.eu/index_pt.htm;
- www.fasb.org;

11. JURISPRUDÊNCIA REFERIDA.

- Acórdão do TJUE *Aéroports de Paris*, de 24-10-2000, Proc. C-82/01 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Agora & Excelsior*, de 30.01.2001, Proc. C-223/99 e 260/99 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TPIUE *Air France/Comissão*, Proc. T-2/93 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Albany*, de 11.09.1999, Proc. C-67/96 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Almelo*, de 27.04.1994, Proc. C- 393/92 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Ambulanz Glöckner*, de 25-10-2001, Proc. C-475/99 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *AOK Bundesverband*, de 16.03.2004, Proc. C- 264/01 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *ARA-BFI*, 10.11.1998, Proc. C-360/96 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Banchero*, de 23.03.1995, Proc.C-387/93 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Bodson*, de 4.05.1988, Proc. C-30/87 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Cisal*, 22.01.2002, Proc. C-218/00 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Comissão/Itália*, de 16-06-1987, Proc. C- 118/85 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Comissão/ Itália*, de 17.02.1981, Proc. C-133/80 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Comissão/Alemanha*, de 11-07-1985, Proc. C-107/84 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE, *Comissão/Tetra Laval II*, de 15.02.2005, Proc. C- 12/03 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Continental Can*, de 21.03.1973, Proc C- 6/72 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Corbeau*, de 19.05.1993, Proc. C-320/91 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Diego Cali & Figli*, de 18.03.1997, Proc. C-343/9 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-vie, Union des Assurances de Paris-vie*, de 16-11-1995, Proc. C-244/94 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TPIUE *FENIN*, de 04.03.2003. Proc. T-319/99 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *FENIN*, 11.07.2006, Proc. C-205/03 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;

- Acórdão do TJUE *Höfner e Elser*, de 23.04.1991, Proc. C- 41/90 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *J.C.J Wouters*, de 19-02-2002, Proc. C-309/99 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Kattner Stahlbay*, de 5.03.2009, Proc. C.350/07 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *La Cascina*, 09.02.2006, Proc. C 226/04 e C-228/04 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Mannesmann*, de 15.01.1998, Proc. C- 44/96 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Meca-Medina*, de 18.07.2006, C-519/04 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Parking Brixen*, de 13.10.2005, Proc. C-458/03 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Phillipp Morris (BAT e Reynolds)*, de 17.11.1987, Proc. C- 142 e 156/84 e disponível em www.eur-lex.europa.eu ;
- Acórdão do TJUE *Poucet et Pistre*, de 17.02.1993, Proc. C-159/91 & 160/91 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Porto di Genova II*, de 18.03.1997, Proc. C-343/95 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *SAT fluggesellschaft*, de 19.01.1994, Proc. C-343/92 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Storebaelt*, de 22.06.1993, Proc. C-243/89 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Telaustria*, de 7.12.2000, Proc. C- 324/98 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;
- Acórdão do TJUE *Wasser-Warn-Umwelt GmbH*, de 10.04.2008, Proc. C-393/06 e disponível em www.eur-lex.europa.eu;

12. DECISÕES DA COMISSÃO EUROPEIA E DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA REFERIDAS.

- Decisão da Comissão Europeia *ADM Poland/Cefetra/BTZ*, Proc. COMP/M.3884, de 18.11.2005 e disponível em www.ec.europa.eu/index_pt.htm;
- Decisão da Comissão Europeia *BBVA/BNL*, Proc. COMP/M.3537, de 20.08.2004 e disponível em www.ec.europa.eu/index_pt.htm;
- Decisão da Comissão Europeia *Crédit Lyonnais/BFG Bank*, Proc. IV/M.299, de 11.01.1993 e disponível em www.ec.europa.eu/index_pt.htm;
- Decisão da Comissão Europeia *ECS/IEH*, Proc. COMP/M.2857, de 23.12.2002 e disponível em www.ec.europa.eu/index_pt.htm;
- Decisão da Comissão Europeia *ECT/PONL/EUROMAX*, Proc. COMP/M.3576, de 22.12.2004 e disponível em www.ec.europa.eu/index_pt.htm;
- Decisão da Comissão Europeia *Maersk Data/Eurogate IT/ Global Transport Solutions JV*, Proc. IV/M/272, de 12.03.2003 e disponível em www.ec.europa.eu/index_pt.htm;
- Decisão da Comissão Europeia *Vattenfall/Elsam and Energi E2 Assets*, Proc. COMP/M.3867, de 22.12.2005 e disponível em www.ec.europa.eu/index_pt.htm;
- Decisão da Comissão Europeia *Zürich/MMI*, Proc. COMP/M.2857, de 2.04.1993 e disponível em www.ec.europa.eu/index_pt.htm;

- Decisão da AdC *Ana – Aeroportos de Portugal, S.A.*, Proc. Ccent. n.º 13/2006, de 07.07.2006 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *Barraqueiro/Arriva*, Proc. Ccent. n.º 37/2004, de 25.11.2005 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *Bensaúde/NSL*, Proc. Ccent. n.º 30/2007, de 21.11.2008 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *Criar Vantagens/Aquapor*, Proc. Ccent. n.º 46/2008, de 18.09.2008 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *EDP/Activos EDIA (Pedrógão*Alqueva)*, Proc. Ccent. n.º 06/2008, de 25.06.2008 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *EDP/Greenvougá*, Proc. Ccent. n.º 23/2010, de 13.12.2010 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *EDP Renewables/ Activos Granvitangle*, Proc. Ccent. n.º 3/2013, de 25.02.2013 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *Enernova/Ortiga*Safra*, Proc. Ccent. n.º 16/2005, de 11.11.2005 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *Galp/Esso*, Proc. Ccent. n.º 45/2004, de 14.12.2005 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *Galp/TGLS*, Proc. Ccent. n.º 78/2007, de 26.06.2008 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *Meas/R.L.*, Proc. Ccent. n.º 52/2006, de 27.12.2006 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *Meas/Sadoport*, Proc. Ccent. n.º 10/2006, de 9.05.2006 2006 e disponível em www.concorrenca.pt;
- Decisão da AdC *Modelo/Continente/Macmoda/Tribo*, Proc. Ccent. n.º 16/2006, de 30.05.2006 e disponível em www.concorrenca.pt;

- Decisão da AdC *Mota-Engil/Indaqua*, Proc. Ccent. n.º 67/2008, de 29.01.2009 e disponível em www.concorrencia.pt;
- Decisão da AdC *Mota-Engil/Sadoport*, Proc. Ccent. n.º 10/2006, de 9.05.2006 e disponível em www.concorrencia.pt;
- Decisão da AdC *Msf.Lena/Aeo*, Proc. Ccent. n.º 32/2010, de 18.08.2010 e disponível em www.concorrencia.pt;
- Decisão da AdC *Multiterminal/Sotagus*Liscont*, Proc. Ccent. n.º 31/2005, de 3.08.2005 e disponível em www.concorrencia.pt;
- Decisão da AdC *Pingo Doce/Plus*, Proc. Ccent. n.º 1/2008, de 29.04.2008 e disponível em www.concorrencia.pt;
- Decisão da AdC *Secil Britas/Carcubos*, Proc. Ccent. n.º 18/2004, de 12.7.2004 e disponível em www.concorrencia.pt;
- Decisão da AdC *Sonae/Carrefour*, Proc. Ccent. n.º 51/2007, de 27.12.2007 e disponível em www.concorrencia.pt;
- Decisão da AdC *Sonae/PT*, Proc. Ccent. n.º 8/2006, de 22.11.2006 e disponível em www.concorrencia.pt;
- Decisão da AdC *TAP/SPdH*, Proc. Ccent. n.º 12/2009, de 13.11.2009 e disponível em www.concorrencia.pt;
- Decisão da AdC *Via Oeste Brisa/Auto-Estradas Do Atlântico*, Proc. Ccent. n.º 22/2005, de 07.04.2006 e disponível em www.concorrencia.pt;

ÍNDICE

Lista de Siglas e Abreviaturas.	2
1. Introdução.	4
2. O Princípio da Concorrência na Regulação do Direito da Concorrência: Ponto de Partida.	6
3. Direito Administrativo e Direito da Concorrência: Esbatimento de Fronteiras.	11
4. As Operações de Concentração de Empresas no Código dos Contratos Públicos: Reflexos de uma Realidade.	20
4.1. Âmbito de Aplicação Subjectiva: Aplicação da Doutrina da Actividade Económica às Entidades Adjudicantes.	25
4.2. Âmbito de Aplicação Objectiva: A Noção de Concentração.	35
4.2.1. Directrizes Gerais.	35
4.2.2. Do Objecto do Controlo.	36
4.2.3. Dos Activos Em Especial.	41
5. A Noção de Mercado Relevante: O Perfil Dualista dos Contratos Públicos.	56
6. Da Previsibilidade de Novas Regras Jurídicas no Programa do Procedimento: O Carácter Vinculativo do Artigo 37.º, N.º 3 do RJC.	64
7. Da Suspensão do Procedimento Pré-Contratual Após a Adjudicação: A Nova Feição do Acto de Adjudicação.	74

8. Dos Efeitos da Decisão da Autoridade da Concorrência Sobre o Procedimento Pré-Contratual:	
Um Caso de Influência Determinante.	84
8.1 Considerações Preliminares.	84
8.2. Da Decisão de Não Oposição.	85
8.3. Da Decisão de Oposição.	87
8.4. Da Decisão de Não Oposição Com Condições Ou Obrigações.	96
9. Balanço final.	105
10. Bibliografia.	107
11. Jurisprudência Referida.	114
12. Decisões da Comissão Europeia e da Autoridade da Concorrência Referidas.	116